Por una cultura libre

Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad

Lawrence Lessig

traficantes de sueños
mapas



Desde sus inicios **Traficantes de Sueños** ha apostado por licencias de publicación que permiten compartir, como las Creative Commons, por eso sus libros se pueden copiar, distribuir, comunicar públicamente y descargar desde su web. Entendemos que el conocimiento y las expresiones artísticas se producen a partir de elementos previos y contemporáneos, gracias a las redes difusas en las que participamos. Están hechas de retazos, de mezclas, de experiencias colectivas; cada persona las recompone de una forma original, pero no se puede atribuir su propiedad total y excluir a otros de su uso o replicación.

Sin embargo, «cultura libre» no es sinónimo de «cultura gratis». Producir un libro conlleva costes de derechos de autor, traducción, edición, corrección, maquetación, diseño e impresión. Tú puedes colaborar haciendo una donación al proyecto editorial; con ello estarás contribuyendo a la liberación de contenidos.

Puedes hacer una donación
(si estás fuera de España a través de PayPal),
suscribirte a la editorial
o escribirnos un mail

Por una cultura libre

Lawrence Lessig

traficantes de sueños

mapas 13

Mapas. Cartas para orientarse en la geografía variable de la nueva composición del trabajo, de la movilidad entre fronteras, de las transformaciones urbanas. Mutaciones veloces que exigen la introducción de líneas de fuerza a través de las discusiones de mayor potencia en el horizonte global.

Mapas recoge y traduce algunos ensayos, que con lucidez y una gran fuerza expresiva han sabido reconocer las posibilidades políticas contenidas en el relieve sinuoso y controvertido de los nuevos planos de la existencia.

Título oríginal:
Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and creativity.
Publicado por The Penguin Press, Nueva York, 2004.

Editorial Traficantes de Sueños'edition published by arrangement with ICM Books (London) representing Lawrence Lessig

1ª edición: 1000 ejemplares
Mayo de 2005
Título:
Por una cultura libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad
Autor:
Lawrence Lessig
Traducción:
Antonio Córdoba/elastico.net
Maquetación y diseño de cubierta:
Traficantes de Sueños.
Edición:
Traficantes de Sueños
C\Embajadores 35
28012 Madrid. Tlf: 915320928
e-mail:editorial@traficantes.net
http://traficantes.net
Impresión:
Queimada Gráficas.
C\. Salitre, 15 28012, Madrid
tlf: 915305211
ISBN: 84-96453-01-4
Depósito legal: M-21837-2001

Por una cultura libre

Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad

Lawrence Lessig

Traducción:
Antonio Córdoba/elastico.net

Edición:
Javier Candeira

índice

Para Eric Eldred –cuya obra me
atrajo por primera vez a esta lucha
y para quien ésta aún continúa.

Nota de edición

PARA LOS OJOS EUROPEOS o hispanos el presente libro de Lawrence Lessig es una «joya» a la vez éxotica y tremendamente actual. Exótica por la claridad, la sencillez y la moderación tan propias de un jurista estadounidense, que quiere ante todo convencer y hacer comprender sin importar la adscripción política del lector, como ajenas a las tradiciones jurídicas continentales mucho más posicionadas, «profundas» y en última instancia inasequibles.

Tremendamente actual, porque aunque casi todas las referencias se deben al contexto estadounidense, las legislaciones europeas y de América Latina están convergiendo progresivamente con las del gigante de América del Norte. Y aunque los principales rasgos de esta convergencia sean negativos, la influencia del carácter jurisprudencial y más abierto al diálogo social del derecho estadounidense puede representar un enriquecimiento del debate público sobre la llamada «propiedad intelectual» y su gestión por parte de nuestros gobernantes.

Por una cultura libre es, por lo tanto, una excavación en el futuro inmediato de la batalla por las tierras comunales de la cultura y el pensamiento, una batalla en la que los avances legales y las nuevas regulaciones se muestran extremadamente adversas para los principios de la libre circulación del conocimiento y la información, pero en la que algunas estrategias expuestas se presentan como herramientas de una libertad tremendamente prometedora.

La edición del presente libro en papel es el fruto de la cooperación y colaboración, muchas veces desinteresada, de un amplio número de personas. Seguramente no hubiera sido posible abordar un proyecto de semejante magnitud sin la traducción realizada por Antonio Córdoba en el marco del proyecto elastico.net. La labor editorial de Javier Candeira ha sido de extremada importancia a la hora de corregir la traducción y de asegurar su rigor en algunos conceptos difíciles.

Es además preciso expresar nuestro especial agradecimiento a los abogados Javier Maestre y Javier de la Cueva, que durante el proceso de edición de este libro hicieron gala de tanta paciencia como conocimiento legal a la hora de responder a nuestros correos electrónicos y (a veces extemporáneas) llamadas telefónicas. Gracias a su colaboración este libro es más preciso en las materias en las que una traducción literal del inglés podría llevar a error sobre las diferencias (o similitudes) entre la legislación norteamericana de copyright y la legislación de derecho de autor española. Por supuesto, si bien los aciertos son suyos, los errores que aún puedan quedar son sólo atribuibles al editor.

La edición original en inglés y en web del libro de Lawrence Lessig se acompaña de un amplio archivo en el que se explican y documentan extensamente muchas de sus referencias. Consideramos de especial interés su visita:www.freeculture.org. La presente traducción al castellano puede encontrarse en el propio sitio de elastico.net y en la web de la editorial Traficantes de Sueños: www.traficantes.net.

Prefacio

AL FINAL DE SU RESEÑA DE MI PRIMER LIBRO, *Code: And Other Laws of Cyberspace,*[1] David Pogue, brillante escritor y autor de innumerables textos técnicos y relacionados con la informática, escribió:

> A diferencia de las leyes reales, el software de Internet no puede castigar. No afecta a la gente que no está conectada (y solamente lo está una minúscula minoría de la población mundial). Y si no te gusta el sistema Internet, siempre puedes apagar el módem.[2]

Pogue era escéptico en lo que respecta al argumento central del libro —que el software, o «código», funcionaba como un tipo de ley—; su reseña sugería el feliz pensamiento de que si la vida en el ciberespacio se echaba a perder, siempre podíamos, «pim, pam, pum», pulsar un interruptor y volver a casa. Apaga el módem, desenchufa el ordenador y cualquier problema que exista en *ese* espacio ya no nos «afectará» nunca más.

Puede que Pogue tuviera razón en 1999 —soy escéptico, pero pudiera ser. Pero incluso si tenía razón entonces, hoy ya no la tiene: *Por una cultura libre* trata sobre los problemas que Internet causa incluso después de haber apagado el módem. Se trata de una discusión sobre cómo las batallas que hoy son objeto de lucha en relación a la vida en Internet afectan de un modo crucial a «la gente que no está conectada». No hay interruptor que pueda aislarnos del efecto Internet.

---

1 Publicado en castellano: *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid, Taurus, 2001 [*N. del E.*].

2 David Pogue, «Don't Just Chat, Do Something», *The New York Times,* 30 de enero de 2000.

Pero a diferencia de en *El código*, la discusión aquí no versa sobre Internet en sí misma. Trata, más bien, de las consecuencias que Internet ha tenido en una parte de nuestra tradición que es mucho más fundamental y, por difícil que sea admitir esto por parte de un aspirante a *geek*, mucho más importante.

Esa tradición tiene que ver con la manera en la que se construye nuestra cultura. Tal y como explico en las páginas que siguen, venimos de una tradición de «cultura libre» (no necesariamente «gratuita» en el sentido de «barra libre» (por tomar una frase del fundador del movimiento del software libre)[3], sino «libre» en el sentido de «libertad de expresión», «mercado libre», «libre comercio», «libre empresa», «libre albedrío» y «elecciones libres». Una cultura libre apoya y protege a creadores e innovadores. Lo hace directamente concediendo derechos de propiedad intelectual. Pero lo hace también indirectamente limitando el alcance de estos derechos, para garantizar que los creadores e innovadores que vengan más tarde sean *tan libres como sea posible* del control por parte del pasado. Una cultura libre no es una cultura sin propiedad, del mismo modo que el libre mercado no es un mercado en el que todo es libre y gratuito. Lo opuesto a una cultura libre es una «cultura del permiso» —una cultura en la cual los creadores logran crear sólamente con el permiso de los poderosos o de los creadores del pasado.

Si comprendemos este cambio, creo que podemos resistirnos a él. No «nosotros» de izquierdas o «ustedes» de derechas, sino nosotros que no tenemos ningún interés personal en las industrias específicas de la cultura que definen el siglo XX. Ya seas de izquierdas o de derechas, si careces de intereses en este sentido, te va a preocupar la historia que aquí cuento. Porque los cambios que describo afectan a valores que ambos bandos de nuestra cultura política consideran fundamentales.

Vislumbramos este sentimiento de escándalo bipartidista a principios del verano del 2003. Mientras que la Comisión Federal de Telecomunicaciones (FCC en inglés) valoraba la modificación de las reglas de propiedad de los medios de comunicación, que relajarían los límites de concentración de los mismos, una extraordinaria coalición generó más de 700.000 cartas dirigidas a la FCC oponiéndose a las modificaciones. Mientras William Safire se describía a sí mismo marchando «incómodo al lado de las Mujeres Código Rosa para la Paz y la Asociación Americana del Rifle, entre la progresista Olympia Stowe y el conservador Ted Stevens», formuló quizás de la manera más simple lo que estaba en juego: la concentración de poder. Asi que se hizo la siguiente pregunta:

---

3 Richard M. Stallman, *Free Software, Free Societies*, p. 57 (Joshua Gay, ed. 2002), [ed. cast: Software libre para una sociedad libre, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004].

> ¿Acaso suena esto poco conservador? A mí no. La concentración de poder —político, corporativo, mediático, cultural— debería ser un anatema para los conservadores. La difusión de poder a través del control local, animando así la participación individual, es la esencia del federalismo y la expresión más grande de la democracia.[4]

Esta idea es un elemento central del argumento de *Por una cultura libre*, aunque mi enfoque no se dirige sólo a la concentración de poder producida por la concentración de la propiedad, sino que, de un modo más importante, aunque sea debido a que es algo menos visible, centro mi discusión en la concentración de poder producida por un cambio radical en el campo efectivo de acción de las leyes. Las leyes están cambiando; ese cambio está alterando la forma en la que se construye nuestra cultura; ese cambio debería preocuparte —da igual si Internet te preocupa o no, da igual si estás a la izquierda o a la derecha de Safire.

* * * * *

La inspiración del título y de gran parte de la argumentación de este libro proviene de la obra de Richard Stallman y de la Fundación del Software Libre. De hecho, mientras releo la propia obra de Stallman, especialmente los ensayos en *Software libre para una sociedad libre*,[5] me doy cuenta de que todas las intuiciones teóricas que desarrollo aquí son ideas que Stallman describió hace décadas. Se podría muy bien defender que esta obra es «simplemente» una obra derivada.

Acepto esa crítica, si de verdad es una crítica. El trabajo de un abogado es siempre derivado del de otro, y en este libro no pretendo hacer más que recordarle a nuestra cultura una tradición que siempre ha sido suya. Como Stallman, defiendo que la tradición es la base de los valores. Como Stallman, creo que estos valores son los valores de la libertad. Y como Stallman, creo que estos valores de nuestro pasado necesitarán ser defendidos en nuestro futuro. Nuestro pasado ha sido una cultura libre, pero solamente lo será en nuestro futuro si cambiamos el rumbo hacia el que nos dirigimos.

Como con los argumentos de Stallman a favor del software libre, una discusión a favor de una cultura libre tropieza con una confusión que es difícil de evitar y aún más difícil de entender. Una cultura libre no es una cultura sin

---

4 William Safire, «The Great Media Gulp», *New York Times*, 22 de mayo de 2003.

5 Publicado en esta misma editorial: *Software libre para una sociedad libre*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004 [*N. del E.*].

propiedad; no es una cultura en la que no se paga a los artistas. Una cultura sin propiedad, o en la que no se paga a los artistas, es la anarquía, no la libertad. La anarquía no es lo que propongo aquí.

Por el contrario, la cultura libre que defiendo en este libro es un equilibrio entre la anarquía y el control. Una cultura libre, como un mercado libre, está llena de propiedad. Está llena de reglas sobre la propiedad y los contratos, y el Estado se asegura de que se apliquen. Pero de la misma manera que un mercado libre queda pervertido si su propiedad se convierte en algo feudal, una cultura libre puede verse también desvirtuada por el extremismo en los derechos de la propiedad que la definen. Esto es lo que hoy en día temo que ocurra en nuestra cultura. Para combatir este extremismo he escrito este libro.

Introducción

El diecisiete de septiembre de 1903, en una playa de Carolina del Norte azotada por el viento, durante casi cien segundos, los hermanos Wright demostraron que un vehículo autopropulsado más pesado que el aire podía volar. Fue un momento eléctrico y su importancia fue reconocida de forma generalizada. Casi de inmediato, hubo una explosión de interés en esta recién descubierta tecnología del vuelo con seres humanos, y una manada de innovadores empezó a trabajar a partir de ella.

En la época en la que los hermanos Wright inventaron el aeroplano, las leyes estadounidenses mantenían que el dueño de una propiedad poseía presuntamente no sólo la superficie de sus tierras, sino todo lo que había por debajo hasta el centro de la tierra y todo el espacio por encima, en «una extensión indefinida hacia arriba».[1] Durante muchos años, los estudiosos se habían roto la cabeza intentando entender la idea de que los derechos sobre la tierra llegaban a los cielos. ¿Quería eso decir que eras dueño de las estrellas? ¿Podías procesar a los gansos por allanamiento premeditado y repetido?

Entonces llegaron los aviones y por primera vez este principio de las leyes estadounidenses —profundamente anclado en los cimientos de nuestra tradición, y reconocido por los pensadores legales más importantes de nuestro pasado— se volvió algo importante. Si mis tierras alcanzaban los cielos, ¿qué pasa cuando United Airlines sobrevuela mis campos? ¿Tengo derecho a expulsarla de mi propiedad? ¿Tengo derecho a negociar una licencia exclusiva con Delta? ¿Podemos celebrar una subasta para decidir cuánto valen estos derechos?

---

1 St. George Tucker, Blackstone's Commentaries, 3, South Hackensack (N.J.), Rothman Reprints, 1969, p. 18.

En 1945, estas preguntas se convirtieron en objeto de un caso federal. Cuando Thomas Lee y Tinie Causby, granjeros de Carolina del Norte, empezaron a perder pollos debido a las aeronaves militares que volaban bajo (aparentemente los pollos aterrados echaban a volar contra las paredes de los cobertizos y morían), los Causby presentaron un demanda alegando que el gobierno estaba invadiendo sus tierras. Los aviones, por supuesto, nunca tocaron la superficie de las tierras de los Causby. Pero si, como Blackstone, Kent y Coke habían dicho, sus tierras se extendían «una longitud indefinida hacia arriba», entonces el gobierno estaba cometiendo allanamiento y los Causby querían que dejara de hacerlo.

El Tribunal Supremo estuvo de acuerdo en oír el caso de los Causby. El Congreso había declarado que las vías aéreas eran públicas, pero si la propiedad de alguien llegaba de verdad hasta los cielos, entonces la declaración del Congreso podría ser vista como una «incautación» ilegal de propiedades sin compensación a cambio. El Tribunal reconoció que «es una doctrina antigua que según la jurisprudencia existente, la propiedad se extendía hasta la periferia del universo». Pero el juez Douglas no tenía paciencia alguna con respecto a la doctrina antigua. En un único párrafo, fueron borrados cientos de años de leyes sobre la propiedad. Tal y como escribió para el Tribunal:

> [La] doctrina no tiene lugar alguno en el mundo moderno. El aire es una autopista pública, como ha declarado el Congreso. Si esto no fuera cierto, cualquier vuelo transcontinental sometería a los encargados del mismo a innumerables demandas por allanamiento. El sentido común se rebela ante esa idea. Reconocer semejantes reclamaciones privadas al espacio aéreo bloquearía estas autopistas, interferiría seriamente con su control y desarrollo en beneficio del público, y transferiría a manos privadas aquello a lo que sólo el público tiene justo derecho.[2]

«El sentido común se rebela ante esa idea».

Así es como la ley funciona habitualmente. No es tan corriente que lo haga de un modo tan abrupto o impaciente, pero al fin y al cabo es así como funciona. El estilo de Douglas consistía en no vacilar. Otros jueces habrían dicho bobadas página tras página hasta llegar a la misma conclusión que Douglas expresa en una línea: «El sentido común se rebela ante esa idea». Pero da igual que lleve páginas o unas pocas palabras, el genio especial

---

2 *Los Estados Unidos* contra *Causby*, U.S. 328 (1946): 256, 261. El tribunal halló que podía haber una «expropiación» si el uso de sus tierras por parte del gobierno efectivamente destruía el valor de la tierra de los Causby. Este ejemplo me fue sugerido por el maravilloso artículo de Keith Aoki «(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship», *Stanford Law Review* 48 (1996), pp. 1293, 1333. Véase también Paul Goldstein, *Real Property* (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1984), pp. 1112-13.

de un sistema de derecho basado en la jurisprudencia, como el nuestro, es que las leyes se ajustan a las tecnologías de su tiempo. Y conforme se ajustan, cambian. Ideas que eran sólidas como rocas en una época se desmoronan en la siguiente.

O al menos, ésta es la manera en la que las cosas ocurren cuando no hay nadie poderoso del otro lado, opuesto al cambio. Los Causby no eran más que granjeros. Y aunque sin duda habría muchos disgustados por el creciente tráfico aéreo (aunque uno espera que no muchos pollos se arrojasen contra las paredes), los Causby del mundo entero encontrarían muy difícil unirse y detener la idea —y la tecnología— a la que los hermanos Wright habían dado luz. Los hermanos Wright soltaron los aeroplanos en la piscina memética tecnológica; después la idea se difundió como un virus en un gallinero; granjeros como los Causby se encontraron rodeados de «lo que parecía razonable» dada la tecnología producida por los Wright. Podían estar de pie en sus granjas, con pollos muertos en las manos, y agitar los puños ante esas novedosas tecnologías todo lo que les diera la gana. Podían llamar a sus representantes e incluso presentar una demanda. Pero al final acabaría por prevalecer la fuerza de lo que parecía «obvio» a todos los demás —el poder del «sentido común». No se iba a permitir que sus «intereses privados» derrotaran lo que era obviamente un beneficio público.

EDWIN HOWARD ARMSTRONG es uno de los genios inventores estadounidenses olvidados. Llegó a la gran escena de los inventores estadounidenses justo después de los titanes Thomas Edison y Alexander Graham Bell. Pero su trabajo en el área de la tecnología radiofónica es quizá más importante que el de cualquier inventor individual en los primeros cincuenta años de la radio. Mejor preparado que Michael Faraday, que siendo aprendiz de un encuadernador había descubierto la inducción eléctrica en 1831, pero con la misma intuición acerca de como funcionaba el mundo de la radio, al menos en tres ocasiones Armstrong inventó tecnologías profundamente importantes que avanzaron nuestra comprensión de la radio.

El día después de la Navidad de 1933 a Armstrong se le otorgaron cuatro patentes por su invención más significativa —la radio FM. Hasta entonces, la radio comercial había sido de amplitud modulada (AM). Los teóricos de esa época habían dicho que una radio de frecuencia modulada jamás podría funcionar. Tenían razón en lo que respecta a una radio FM en una banda estrecha del espectro. Pero Armstrong descubrió que una radio de frecuencia modulada en una banda ancha del espectro podría proporcionar una calidad de sonido asombrosamente fiel, con mucho menos consumo del transmisor y con menos ruido estático.

El 5 de noviembre de 1935, hizo una demostración de esta tecnología en una reunión del Instituto de Ingenieros de Radio en el Empire State Building en Nueva York. Sintonizó su dial a través de una gama de emisoras de AM, hasta que la radio se quedó quieta en una emisión que había organizado a 27 kilómetros de distancia. La radio se quedó totalmente en silencio, como si estuviese muerta, y después, con una claridad que nadie en esa sala jamás había oído en un dispositivo eléctrico, produjo el sonido de la voz de un locutor: «Ésta es la emisora aficionada W2AG en Yorkers, Nueva York, operando en una frecuencia modulada de dos metros y medio».

La audiencia estaba oyendo algo que nadie había pensado que fuera posible:

> Se vació un vaso de agua delante del micrófono en Yonkers; sonó como vaciar un vaso de agua... Se arrugó y rasgó un papel; sonó como un papel y no como un fuego crepitando en mitad del bosque... Se tocaron discos de marchas de Sousa y se interpretaron un solo de piano y una pieza para guitarra... La música se proyectó con una sensación de estar realmente en un concierto que raras veces se había experimentado con una «caja de música» radiofónica.[3]

Como nos muestra nuestro sentido común, Armstrong había descubierto una tecnología radiofónica manifiestamente superior. Pero en la época de su invento, Armstrong trabajaba para la RCA. La RCA era el actor dominante en el entonces dominante mercado de la radio AM. En 1935 había mil estaciones de radio en EE.UU., pero las emisoras de las grandes ciudades estaban en manos de un puñado de cadenas.

El presidente de la RCA, David Sarnoff, amigo de Armstrong, estaba deseando que Armstrong descubriera un medio para eliminar la distorsión estática de la radio AM. Así que Sarnoff estaba muy entusiasmado cuando Armstrong le dijo que tenía un dispositivo que eliminaba la estática de la «radio». Pero cuando Armstrong hizo una demostración de su invento, Sarnoff no se mostró satisfecho.

> Pensaba que Armstrong inventaría algún tipo de filtro que eliminara el ruido estático de nuestra radio AM. No pensaba que empezaría una revolución —que empezaría toda una maldita industria que competiría con la RCA.[4]

---

3 Lawrence Lessing, *Man of High Fidelity: Edwin Howard* Armstrong, Philadelphia, J. B. Lipincott Company, 1956, p. 209.

4 Véase «Saints: The Heroes and Geniuses of the Electronic Era», First Electronic Church of America, en www.webstationone.com/fecha, disponible en el enlace #1.

El invento de Armstrong amenazaba el imperio AM de la RCA, así que la compañía lanzó una campaña para ahogar la radio FM. Si la FM podía ser una tecnología superior, Sarnoff era un estratega superior. Tal y como algún autor lo describe:

> Las fuerzas a favor de la FM, en su mayoría del campo de la ingeniería, no pudieron superar el peso de la estrategia diseñada por las oficinas legales, de ventas y de patentes para derrotar a esta amenaza a la posición de la corporación. Porque la FM, en caso de que se le permitiera desarrollarse sin trabas, presentaba [...] un reordenamiento completo del poder en el campo de la radio [...] y la caída final del sistema cuidadosamente restringido de la AM sobre la cual la RCA había cultivado su poder.[5]

La RCA, en un principio, dejó la tecnología en casa, insistiendo en que hacían falta más pruebas. Cuando, después de dos años de pruebas, Armstrong empezó a impacientarse, la RCA comenzó a usar su poder con el gobierno para detener el despliegue generalizado de la FM. En 1936, la RCA contrató al anterior presidente de la FCC y le asignó la tarea de asegurarse de que la FCC asignara espectros de manera que castrara la FM —principalmente moviendo la radio FM a una banda del espectro diferente. En principio, estos esfuerzos fracasaron. Pero cuando Armstrong y el país estaban distraídos con la Segunda Guerra Mundial, el trabajo de la RCA empezó a dar sus frutos. Justo antes de que la guerra terminara, la FCC anunció una serie de medidas que tendrían un efecto claro: la radio FM quedaría mutilada. Tal y como describe Lessing:

> La serie de golpes recibidos por la radio FM justo después de la guerra, por medio de una serie de decisiones manipuladas a través de la FCC por los grandes intereses radiofónicos, fue casi increíble en lo que respecta a su fuerza y perversidad.[6]

Para hacerle hueco en el espectro a la última gran apuesta de la RCA, la televisión, los usuarios de la radio FM tuvieron que ser trasladados a una banda del espectro totalmente nueva. También se disminuyó la potencia de las emisoras de FM, lo que significó que la FM ya no podía usarse para transmitir programas de un extremo a otro del país. (Este cambio fue fuertemente apoyado por la AT&T, debido a que la pérdida de estaciones repetidoras significaría que las estaciones de radio tendrían que comprarle cable a la AT&T para poder conectarse). Así se ahogó la difusión de la radio FM, al menos temporalmente. Armstrong ofreció resistencia a los esfuerzos de la

---

[5] Lessing, p. 226.

[6] Lessing, p. 256.

RCA. En respuesta, la RCA ofreció resistencia a las patentes de Armstrong. Después de incorporar la tecnología FM al estándar emergente para la televisión, la RCA declaró las patentes sin valor —sin base alguna, y casi quince años después de que se otorgaran. Se negó así a pagarle derechos a Armstrong. Durante cinco años, Armstrong peleó en una cara guerra de litigios para defender las patentes. Finalmente, justo cuando las patentes expiraban, la RCA ofreció un acuerdo con una compensación tan baja que ni siquiera cubriría las tarifas de los abogados de Armstrong. Derrotado, roto, y ahora en bancarrota, en 1954 Armstrong le escribió una breve nota a su esposa y luego saltó desde la ventana de un decimotercer piso.

Así es como la ley funciona algunas veces. No es corriente que lo haga de esta manera tan trágica, y es raro que lo haga con este dramático heroísmo, pero, a veces, es así como funciona. Desde el principio, el gobierno y las agencias gubernamentales han corrido el peligro de que sean secuestradas. Es más probable que las secuestren cuando poderosos intereses sienten la amenaza de un cambio, ya sea legal o tecnológico. Con demasiada frecuencia, estos poderosos intereses emplean su influencia dentro del gobierno para que éste los proteja. Por supuesto, la retórica de esta protección está siempre inspirada en el beneficio público; la realidad, sin embargo, es algo distinta. Ideas que eran tan sólidas como una roca en una época pero que, sin más apoyo que sí mismas, se desmoronarían en la siguiente, se sostienen por medio de esta sutil corrupción de nuestro proceso político. La RCA tenía lo que no tenían los Causby: el poder necesario para asfixiar el efecto del cambio tecnológico.

NO HAY UN ÚNICO inventor de Internet. Ni hay una buena fecha para marcar su nacimiento. Sin embargo, en un tiempo muy corto, Internet se ha convertido en parte de la vida diaria de EE.UU. Según el Pew Internet and American Life Project, un 58% de los estadounidenses tenía acceso a Internet en 2002, subiendo así con respecto al 49% de dos años antes.[7] Esa cifra podría perfectamente exceder dos tercios del país a finales del 2004.

Conforme Internet se ha integrado en la vida diaria, han cambiado las cosas. Algunos de esos cambios son técnicos —Internet ha hecho que las comunicaciones sean más rápidas, ha bajado los costes de recopilar datos, etc. Estos cambios técnicos no son el tema de este libro. Son importantes y

---

7 Amanda Lenhart, «The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide», Pew Internet and American Life Project, 15 de abril de 2003, p. 6, disponible en el enlace #2.

no se los comprende bien. Pero son el tipo de cosas que simplemente desaparecerían si apagáramos Internet. No afectan a la gente que no usa Internet, o al menos no la afectarían directamente. Son tema apropiado para un libro sobre Internet, pero este libro no es sobre Internet.

Por el contrario, este libro trata sobre el efecto que Internet tiene más allá de la propia Internet: el efecto que tiene sobre la forma en la que la cultura se produce. Mi tesis es que Internet ha inducido un importante y aún no reconocido cambio en ese proceso. Ese cambio transformará radicalmente una tradición que es tan vieja como nuestra república. La mayoría rechazaría este cambio, si lo reconociera. Sin embargo, la mayoría ni siquiera ve lo que ha introducido Internet.

Podemos vislumbrar algo si distinguimos entre cultura comercial y no comercial, y dibujamos un mapa de la forma en la que las leyes regulan cada una de ellas. Con «cultura comercial» me refiero a esa parte de nuestra cultura que se produce y se vende, o que se produce para ser vendida. Con «cultura no comercial» me refiero a todo lo demás. Cuando los ancianos se sentaban en los parques o en las esquinas de las calles y contaban historias que los niños y otra gente consumían, eso era cultura no comercial. Cuando Noah Webster publicaba su «Antología de artículos», o Joel Barlow sus poemas, eso es cultura comercial.

Al principio de nuestra historia, y durante casi toda la historia de nuestra tradición, la cultura no comercial básicamente no estaba sometida a regulación. Por supuesto, si tus historias eran obscenas o si tus canciones hacían demasiado ruido, las leyes podían intervenir. Pero las leyes nunca se preocupaban directamente de la creación o la difusión de esta forma de cultura y dejaban que esta cultura fuera «libre». La ley deja en paz los modos corrientes en los que los individuos normales compartían y transformaban su cultura —contando historias, recreando escenas de obras de teatro o de la televisión, participando en clubs de fans, compartiendo música, grabando cintas.

Las leyes se centraban en la creatividad comercial. Al principio de un modo leve, y después de una manera bastante más extensa, las leyes protegían los incentivos a los creadores concediéndoles derechos exclusivos sobre sus obras de creación, de manera que pudieran vender esos derechos exclusivos en el mercado.[8] Esto es también, por supuesto, una parte importante

---

8 Éste no es el único propósito del copyright, aunque es abrumadoramente primordial en el copyright establecido por la constitución federal. La ley estatal del copyright históricamente no sólo protegía los intereses comerciales en lo que respecta a la publicación, sino también un interés por permanecer anónimo. Al conceder a los autores el derecho exclusivo a la primera publicación, la ley estatal del copyright les daba el poder de controlar la difusión de datos sobre ellos. Véase Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review* 4 (1890): 193, pp. 198-200.

de la creatividad y la cultura y se ha convertido cada vez más en una parte importante de EE.UU. Pero de ningún modo era la parte dominante de nuestra tradición. Era, por el contrario, tan sólo una parte, una parte controlada, equilibrada por la parte libre.

Ahora se ha borrado esta división general entre lo libre y lo controlado.[9] Internet ha preparado dicha disipación de los límites y, bajo la presión de los grandes medios de comunicación, ahora las leyes la han hecho efectiva esta disipación. Por primera vez en nuestra tradición, las formas habituales en las cuales los individuos crean y comparten la cultura caen dentro del ámbito de acción de las regulaciones impuestas por leyes, que se han expandido para poner bajo su control una enorme cantidad de cultura y creatividad a la que nunca antes habían llegado. La tecnología que preservaba el equilibrio de nuestra historia —entre los usos de nuestra cultura que eran libres y aquellos que tenían lugar solamente tras recibir permiso— ha sido destruida. La consecuencia es que de forma creciente somos menos una cultura libre y más una cultura del permiso.

Se justifica la necesidad de este cambio diciendo que es preciso para proteger la creatividad comercial. Y, de hecho, el proteccionismo es el motivo que tiene detrás. Pero el proteccionismo que justifica los cambios que describiré más adelante no es del tipo limitado y equilibrado que habían sido definido por las leyes en el pasado. No se trata de un proteccionismo que tiene como fin proteger a los artistas. Es, por el contrario, un proteccionismo que tiene como propósito proteger ciertas formas de negocio. Corporaciones amenazadas por el potencial de Internet para cambiar la forma en la que se produce y comparte la cultura, tanto comercial como no comercial, se han unido para inducir a los legisladores a que usen las leyes para protegerlos. Ésta es la historia de la RCA y Armstrong; es el sueño de los Causby.

Esto es porque Internet ha desencadenado una extraordinaria posibilidad de que muchos participen en este proceso de construir y cultivar una cultura que va mucho más allá de los límites locales. Ese poder ha cambiado el mercado en relación a las formas en las que se construye y se cultiva la cultura en general, y ese cambio, a su vez, amenaza a las industrias de contenidos asentadas en su poder. Por lo tanto, Internet es para estas industrias que construían y distribuían contenidos en el s. XX lo que la radio FM fue para la radio AM, o lo que el camión fue para la industria del ferrocarril en el s. XIX: el principio del fin, o al menos una transformación fundamental.

---

9 Amanda Lenhart, «The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide», Pew Internet and American Life Project, 15 de abril de 2003, p. 6, disponible en el enlace #2.

Las tecnologías digitales, ligadas a Internet, podrían producir un mercado para la construcción y el cultivo de la cultura, inmensamente más competitivo y vibrante; ese mercado podría incluir una gama mucho más amplia y diversa de creatividad; y, dependiendo de unos pocos factores importantes, esos creadores podrían ganar de media más de lo que ganan con el sistema de hoy en día —todo esto en tanto en cuanto las RCAs actuales no usen las leyes para protegerse contra esta competencia.

Sin embargo, como defiendo en las páginas que siguen, esto es precisamente lo que está ocurriendo en nuestra cultura. Los modernos equivalentes de la radio de principios del s. XX o de los ferrocarriles del s. XIX están usando su poder para conseguir que las leyes los protejan contra esta nueva tecnología que es más vibrante y eficiente para construir cultura que la antigua. Están triunfando en lo que respecta a su plan para reconfigurar Internet antes de que Internet los reconfigure a ellos.

A muchos no les parece que esto sea así. A la mayoría, las batallas sobre el copyright e Internet les parecen remotas. A los pocos que las siguen, les parecen que tratan principalmente acerca de una serie mucho más sencilla de cuestiones —sobre si se permitirá la «piratería» o no, sobre si se protegerá la «propiedad» o no. La «guerra» que se ha librado contra las tecnologías de Internet —lo que el presidente de la Asociación Estadounidense de Cine (MPAA en inglés), Jack Valenti, ha llamado su «propia guerra contra el terrorismo»[10]— ha sido presentada como una batalla en torno al imperio de la ley y el respeto a la propiedad. Para saber de qué bando ponerse en esta guerra, la mayoría piensa que basta solamente con decidir si estamos a favor o en contra de la propiedad.

Si éstas fueran de verdad las opciones, entonces yo estaría de acuerdo con Jack Valenti y la industria de contenidos. Yo también creo en la propiedad, y especialmente en la importancia de lo que Valenti llama «la propiedad creativa». Creo que la «piratería» está mal, y que las leyes, bien afinadas, deberían castigar la «piratería», se produzca fuera o dentro de Internet.

Pero estas sencillas creencias enmascaran en realidad una cuestión mucho más fundamental y un cambio mucho más drástico. Lo que yo temo es que a menos que lleguemos a ver este cambio, la guerra para librar Internet de «piratas» también librará a nuestra cultura de valores que han sido claves en nuestra tradición desde el principio.

---

10 Amy Harmon, «Black Hawk Download: Moving Beyond Music, Pirates Use New Tools to Turn the Net into an Illicit Video Club», *New York Times*, 17 de enero de 2002.

Estos valores construyeron una tradición que, durante al menos los primeros 180 años de nuestra República, garantizaba a los creadores el derecho a construir libremente a partir de su pasado, y protegía a los creadores y los innovadores tanto del Estado como del control privado. La Primera Enmienda protegía a los creadores contra el control del Estado. Y como el Profesor Neil Netanel argumenta convincentemente,[11] la ley del copyright, con los contrapesos adecuados, protegía a los creadores contra el control privado. Nuestra tradición no era ni soviética ni tampoco era la tradición de los mecenas de las artes. Antes bién, excavó un amplio espacio dentro del cual los creadores podían cultivar y extender nuestra cultura.

Sin embargo, la respuesta de las leyes a Internet, cuando van ligadas de los cambios en la misma tecnología de Internet, han incrementado masivamente la regulación efectiva de la creatividad en EE.UU. Para criticar o construir a partir de la cultura que nos rodea, uno tiene antes que pedir permiso, como si fuera Oliver Twist. Este permiso, por supuesto, se concede a menudo —pero no tan a menudo a los que son críticos o independientes. Hemos construido una especie de aristocracia cultural; aquellos que están dentro de la clase nobiliaria viven una vida cómoda; los que están fuera, no. Pero cualquier aristocracia es ajena a nuestra tradición.

La historia que sigue trata acerca de esta guerra. No trata de la «centralidad de la tecnología» en la vida diaria. No creo en dios alguno, ya sea digital o de cualquier otro tipo. La historia que sigue no supone tampoco un esfuerzo para demonizar a ningún individuo o grupo, porque no creo en el demonio, ya sea corporativo o de cualquier otro tipo. Esto no es un auto de fe, ni una fábula con moraleja, ni llamo tampoco a la guerra santa contra ninguna industria.

Por el contrario, supone un esfuerzo para comprender una guerra desesperadamente destructiva inspirada en las tecnologías de Internet pero con un alcance que va más allá de su código. Y al entender esta batalla, este libro supone un esfuerzo para diseñar la paz. No hay ni una sola buena razón para que continúe la lucha actual en torno a las tecnologías de Internet. Se hará gran daño a nuestra tradición y a nuestra cultura si se permite que siga sin control. Debemos llegar a comprender el origen de esta guerra. Debemos resolverla pronto.

---

11 Neil W. Netanel, «Copyright and a Democratic Civil Society», *Yale Law Journal* 106 (1996), p. 283.

IGUAL QUE EN la batalla de los Causby, esta guerra tiene que ver, en parte, con la «propiedad». La propiedad, en esta guerra, no es tan tangible como la de la guerra de los Causby y todavía no ha muerto ningún pollo inocente. Sin embargo, las ideas que hay en torno a esta «propiedad» resultan tan obvias a mucha gente como les parecía a los Causby las afirmaciones sobre la santidad de su granja. Nosotros somos los Causby. La mayoría de nosotros damos por sentado las reclamaciones extraordinariamente poderosas que ahora llevan a cabo los dueños de la «propiedad intelectual». La mayoría de nosotros, como los Causby, tratamos esas exigencias como si fuesen obvias. Y por lo tanto, como los Causby, estamos en contra cuando una nueva tecnología interfiere con esta propiedad. Nos resulta tan claro como lo era para ellos el que las nuevas tecnologías de Internet están «invadiendo» los derechos legítimos de su «propiedad». Nos resulta tan claro, a nosotros como a ellos, que las leyes deben intervenir para detener este allanamiento.

Y por tanto, cuando los *geeks* y los tecnólogos defienden a su Armstrong o a sus hermanos Wright, la mayoría de nosotros simplemente no estamos de su parte, ni tampoco los comprendemos. El sentido común no se rebela. A diferencia que en el caso de los pobres Causby, en esta guerra el sentido común está del lado de los propietarios. A diferencia de lo ocurrido con los afortunados hermanos Wright, Internet no ha inspirado una revolución de su parte.

Mi esperanza es agilizar este sentido común. Cada vez me he ido asombrando más ante el poder que tiene esta idea de la propiedad intelectual y, de un modo más importante, del poder que tiene para desactivar el pensamiento crítico por parte de los legisladores y los ciudadanos. En toda nuestra historia nunca ha habido un momento como el actual, en el que una parte tan grande de nuestra «cultura» fuera «posesión» de alguien. Y sin embargo jamás ha habido un momento en el que la concentración de poder para controlar los *usos* de la cultura se haya aceptado con menos preguntas que como ocurre hoy en día.

La complicada pregunta es: ¿por qué?

¿Es porque hemos llegado a comprender la verdad sobre el valor y la importancia de la propiedad absoluta sobre las ideas y la cultura? ¿Es porque hemos descubierto que nuestra tradición de rechazo a tales reclamaciones absolutas estaba equivocada?

¿O es porque la idea de propiedad absoluta sobre las ideas y la cultura beneficia a las RCAs de nuestro tiempo y se ajusta a nuestras intuiciones más espontáneas?

¿Es este cambio radical, que nos aleja de nuestra tradición de cultura libre, una instancia con la que EE.UU. corrige un error de su pasado, tal y como hicimos tras una sangrienta guerra contra la esclavitud, y estamos

haciendo poco a poco con las desigualdades? ¿O es este cambio radical un ejemplo más de un sistema político secuestrado por unos pocos y poderosos intereses privados?

¿El sentido común apoya los extremos en relación a esta cuestión debido a que el sentido común cree de verdad en estos extremos? ¿O está el sentido común callado ante estos extremos porque, como con Armstrong contra la RCA, el bando más poderoso se ha asegurado de tener la opinión más convincente?

No pretendo hacerme el misterioso. Mis propias opiniones están ya claras. Creo que fue bueno que el sentido común se rebelara contra el extremismo de los Causby. Creo que estaría bien que el sentido común volviera a rebelarse contra las afirmaciones extremas hechas hoy en día a favor de la «propiedad intelectual». Lo que actualmente exigen las leyes se acerca cada vez más a la estupidez de un sheriff que arrestara a un avión por allanamiento. Pero las consecuencias de esta estupidez serán mucho más profundas.

La lucha que se libra ahora mismo se centra en dos ideas: «piratería» y «propiedad». El objetivo de las próximas dos partes de este libro es explorar estas dos ideas.

El método que sigo no es el habitual en un profesor universitario. No quiero sumergirte en un argumento complejo, reforzado por referencias a oscuros teóricos franceses —por muy natural que eso se haya vuelto para la clase de bichos raros en la que nos hemos convertido. En cada parte, más bien, comienzo con una colección de historias que dibujan el contexto dentro del cual se pueden comprender mejor estas ideas aparentemente sencillas.

Estas dos secciones establecen la tesis central de este libro: que mientras que Internet ha producido realmente algo fantástico y nuevo, nuestro gobierno, presionado por los grandes medios audiovisuales para que responda a esta «cosa nueva», está destruyendo algo muy antiguo. En lugar de comprender los cambios que Internet permitiría, y en lugar de dar tiempo para que el «sentido común» decida cuál es la mejor forma de responder a ellos, estamos dejando que aquellos más amenazados por los cambios usen su poder para cambiar las leyes —y, de un modo más importante, usen su poder para cambiar algo fundamental acerca de lo que siempre hemos sido.

Permitimos esto, creo, no porque esté bien, ni porque la mayoría de nosotros creamos en estos cambios legales. Lo permitimos porque entre los intereses más amenazados se hallan los principales agentes de nuestro proceso de

promulgación legislativa, tan deprimentemente lleno de compromisos. Este libro es la historia de una de las consecuencias más de esta forma de corrupción —una consecuencia que para la mayoría de nosotros está sumida en el olvido.

Parte I. «Piratería»

Desde los comienzos de las leyes que regulan la propiedad creativa, ha existido una guerra contra la «piratería». Los contornos precisos de este concepto, «piratería», son difíciles de esbozar, pero la injusticia que lo anima es fácil de entender. Como escribió Lord Mansfield en relación con un caso que extendía el alcance de la ley inglesa de copyright para incluir las partituras:

> Una persona puede usar la copia tocándola, pero no tiene ningún derecho a robarle al autor los beneficios multiplicando las copias y disponiendo de ellas para su propio uso.[1]

Hoy día estamos en medio de otra «guerra» contra la «piratería». Internet ha causado esta guerra. Internet posibilita la difusión eficiente de contenidos. El intercambio de ficheros entre iguales (p2p) es una de las tecnologías más eficaces que permite Internet. Usando inteligencia distribuida, los sistemas p2p facilitan la difusión de contenidos de una forma que nadie habría imaginado hace una generación.

---

[1] *Bach contra Longman*, 98 Eng. Rep. 1274 (1777) (Mansfield), *Law Journal* 106 (1996), p. 283.

Esta eficiencia no respeta las líneas tradicionales del copyright. La red no discrimina entre el intercambio de contenidos con copyright y sin él. Por lo tanto se ha compartido una inmensa cantidad de contenidos con copyright. Ese intercambio a su vez ha animado la guerra, dado que los dueños de copyright temen que el intercambio «robe al autor sus legítimos beneficios».

Los guerreros han recurrido a los tribunales, a los legisladores y de un modo creciente a la tecnología para defender su «propiedad» contra esta «piratería». Una generación de estadounidenses, avisan los guerreros, se está criando en la creencia de que la «propiedad» debe ser «gratis». Olvídate de los tatuajes, olvídate de los *piercings* —¡nuestros chavales se están convirtiéndo en *ladrones*!

No hay duda de que la «piratería» está mal y de que los piratas deberían ser castigados. Pero antes de llamar a los verdugos, deberíamos poner en contexto esta noción de «piratería». Porque conforme se usa cada vez más, se reconoce en su mismo centro una idea extraordinaria que, con casi completa seguridad, es un error.

Esta idea es una cosa así:

> El trabajo creativo tiene un valor; cada vez que use, o tome, o me base en el trabajo creativo de otros, estoy tomando de ellos algo con valor. Cada vez que tomo de alguien algo con valor, debería tener su permiso. Tomar de alguien algo con valor sin su permiso está mal. Es una forma de piratería.

Esta opinión está profundamente incrustada en los debates de hoy. Es lo que critica el profesor de derecho de la New York University, Rochelle Dreyfuss, como la teoría de la propiedad creativa del «si hay valor, hay derecho»[2] —es decir, si hay un valor, entonces alguien debe tener un derecho sobre el mismo. Es el punto de vista que llevó a una organización de derechos de autor, la ASCAP, a demandar a las Girl Scouts por no pagar por las canciones que cantaban en sus fuegos de campamento.[3] Si había «valor» (las canciones) entonces debía haber un «derecho» —incluso contra las Girl Scouts.

La idea es ciertamente una de las formas posibles de comprender cómo debería funcionar la propiedad creativa. Podría también ser un posible diseño para las leyes que defiendan la propiedad creativa. Pero la teoría de «si hay valor, hay derecho» nunca ha sido la teoría de la propiedad creativa de EE.UU. Nunca ha llegado a echar raíces en nuestras leyes.

---

2 Véase Rochelle Dreyfuss, «Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation», *Notre Dame Law Review* 65 (1990), p. 397.

3 Lisa Bannon, «The Birds May Sing, but Campers Can't Unless They Pay Up», *Wall Street Journal*, 21 de agosto de 1996, disponible en el enlace #3; Jonathan Zittrain, «Calling Off the Copyright War: In Battle of Property vs. Free Speech, No One Wins», *Boston Globe*, 24 de noviembre de 2002.

En nuestra tradición, por el contrario, la propiedad intelectual es un instrumento. Crea los fundamentos para una sociedad rica en creatividad pero permanece en una posición subordinada con respeto al valor de la misma. El debate actual ha invertido la situación. Hemos llegado a preocuparnos tanto por proteger el instrumento que hemos perdido de vista el valor que promovía.

El origen de esta confusión está en una distinción que las leyes ya no se cuidan en hacer —la distinción entre volver a publicar la obra de alguien, por una parte, y transformar o basarse en esa obra, por otra. Cuando nacieron, las leyes de copyright sólo se preocupaban de que alguien publicara algo; hoy en día, las leyes del copyright se ocupan de ambas actividades.

Antes de las tecnologías de Internet, esta tendencia a confundir todo no importaba gran cosa. Las tecnologías de publicación eran caras; eso significaba que la mayoría de las publicaciones eran comerciales. Las entidades comerciales podían soportar el peso de la ley —incluso si ese peso tenía la misma complejidad bizantina que la que habían adquirido las leyes del copyright. Era simplemente un gasto más de estar en el negocio.

Pero con el nacimiento de Internet, este límite natural al alcance de la ley ha desaparecido. La ley controla no solamente la creatividad de los creadores comerciales, sino de hecho la de todos. Aunque esa expansión no importaría tanto si las leyes del copyright solamente regularan la «copia» de la forma tan amplia y oscura en la que lo hacen, la extensión importa mucho. El peso de esta ley supera ahora, de forma inmensa, cualquier beneficio original —ciertamente cuando afecta a la creatividad no comercial y de un modo creciente cuando afecta también a la creatividad comercial. De manera que, como veremos mejor en los capítulos que siguen, el papel de la ley es cada vez menos el de apoyar la creatividad y cada vez más el de proteger a ciertas industrias contra la competencia. Justo en el momento en el que la tecnología digital podría desatar una extraordinaria gama de creatividad comercial y no comercial, las leyes imponen a esta creatividad el peso de unas reglas irracionalmente complejas y vagas, además de la amenaza de penas obscenamente severas. Bien podemos estar viendo, como escribe Richard Florida, «la Emergencia de la Clase Creativa».[4] Por desgracia, estamos también viendo la extraordinaria emergencia de la regulación de esta clase creativa.

---

4 En *The Rise of the Creative Class* (Nueva York, Basic Books, 2002) Richard Florida documenta un cambio en la naturaleza del trabajo, en la línea de un trabajo más creativo. Su obra, no obstante, no trata directamente de las condiciones legales bajo las cuales la creatividad se hace posible o queda asfixiada. Estoy ciertamente de acuerdo con él en lo que respecta a la importancia y la significación de estos cambios, pero también creo que las condiciones bajo las que serán posibles son mucho más tenues.

Estas cargas no tienen sentido en nuestra tradición. Deberíamos empezar por comprender esta tradición un poco mejor y por poner en el contexto apropiado las batallas actuales en torno a un comportamiento al que llaman «piratería».

1. *Creadores*

EN 1928 NACIÓ UN PERSONAJE DE DIBUJOS ANIMADOS. Un temprano Mickey Mouse hizo su debut en mayo de aquel año, en un corto mudo llamado *Plane Crazy*. En noviembre, en el Cine Colonia de la ciudad de Nueva York, en la primera cinta de dibujos animados sincronizados con sonido, *Steamboat Willie* sacó a la luz al personaje que se convertiría en Mickey Mouse.

El sonido sincronizado se había introducido en el cine un año antes con la película *El cantor de jazz*. Su éxito llevó a que Walt Disney copiara la técnica y mezclara el sonido con los dibujos animados. Nadie sabía si funcionaría o, si en caso de funcionar, llegaría a ganarse un público. Pero cuando Disney hizo una prueba en el verano de 1928, los resultados no dejaron lugar a dudas. Tal y como Disney describe aquel experimento:

> Dos de mis muchachos sabían leer música, y uno de ellos sabía tocar el órgano. Los pusimos en una habitación en la que podían ver la pantalla y lo arreglamos todo para llevar el sonido a la habitación en la que nuestras esposas y amigos iban a ver la película.
>
> Los muchachos trabajaban a partir de una partitura con música y efectos sonoros. Después de varias salidas en falso, el sonido y la acción echaron a correr juntos. El organista tocaba la melodía, el resto de nosotros en el departamento de sonido golpeábamos cacerolas y soplábamos silbatos. La sincronización era muy buena.
>
> El efecto en nuestro pequeño público no fue nada menos que electrizante. Respondieron casi instintivamente a esta unión de sonido y animación. Pensé que se estaban burlando de mí. De manera que me senté entre el público y lo hicimos todo otra vez. ¡Era terrible, pero era maravilloso! ¡Y era algo nuevo![1]

---

[1] Leonard Maltin, *Of Mice and Magic: A History of American Animated Cartoons*, Nueva York, Penguin Books, 1987, pp. 34-35.

El entonces socio de Disney, uno de los talentos más extraordinarios en el campo de la animación, Ub Iwerks, lo explica con mayor intensidad: «Nunca he recibido una emoción mayor en mi vida. Nada desde entonces ha estado a la misma altura».

Disney había creado algo muy nuevo, basándose en algo relativamente nuevo. El sonido sincronizado dio vida a una forma de creatividad que raramente había sido —excepto en manos de Disney— algo más que un relleno para otras películas. Durante toda la temprana historia de la animación, la invención de Disney marcó el estándar que otros se esforzaron por alcanzar. Y bastante a menudo el gran genio de Disney, su chispa de creatividad, se basó en el trabajo de otros.

Todo esto es algo familiar. Lo que ya quizá no sabrás es que 1928 también marcó otra transición importante. Ese mismo año otro genio, pero de la comedia y no de la animación creo su última película muda producida de forma independiente. Ése genio era Buster Keaton. La película era *Steamboat Bill, Jr.*

Keaton nació en una familia de actores de vodevil en 1895. En la era del cine mudo había sido el rey usando la comedia corporal como forma de arrancarle incontenibles carcajadas a su público. *Steamboat Bill, Jr.* era un clásico de este estilo, famoso entre los cinéfilos por sus números increíbles. La película era puro Keaton —extremadamente popular y de las mejores de su género.

Steamboat Bill, Jr. apareció antes de los dibujos animados de Disney, *Steamboat Willie*. La coincidencia de títulos no es casual. Steamboat Willie es una parodia directa en dibujos animados de Steamboat Bill,[2] y ambas tienen como fuente una misma canción. No se trata solamente de que a partir de la invención del sonido sincronizado en *El cantor de jazz* obtengamos *Steamboat Willie*. Sino que también lo obtenemos a partir de la invención de Steamboat Bill, Jr., por parte de Buster Keaton, inspirado a su vez en la canción «Steamboat Bill». Y a partir de Steamboat Willie obtenemos Mickey Mouse.

Este «préstamo» no era algo único, ni para Disney ni para la industria. Disney siempre estuvo repitiendo como un loro los largometrajes destinados al gran público de su tiempo.[3] Lo mismo hacían muchos otros. Los primeros

---

2 Les estoy agradecido a David Gerstein y a su cuidadosa historia, descrita en el enlace #4. Según Dave Smith de los Archivos Disney, Disney pagó royalties para usar la música de cinco canciones en *Steamboat Willie*: «Steamboat Bill», «The Simpleton» (Delille), «Mischief Makers» (Carbonara), «Joyful Hurry No. 1» (Baron), and «Gawky Rube» (Lakay). Una sexta canción, «The Turkey in the Straw», ya estaba bajo dominio público. Carta de David Smith a Harry Surden, 10 de julio de 2003, copia en mano del autor.

3 Él también era un fan del dominio público. Véase Chris Sprigman, «The Mouse that Ate the Public Domain», Findlaw, 5 de marzo de 2002, en enlace #5.

dibujos animados están llenos de obras derivadas —ligeras variaciones de los temas populares; historias antiguas narradas de nuevo. La clave del éxito era la brillantez de las diferencias. Con Disney, fue el sonido lo que dio la chispa a sus animaciones. Más tarde, fue la calidad de su trabajo en comparación con los dibujos animados producidos en masa con los que competía. Sin embargo, estos añadidos fueron creados sobre una base que había tomado prestada. Disney añadió cosas al trabajo de otros antes que él, creando algo nuevo a partir de algo que era apenas viejo.

A veces el préstamo era poca cosa. A veces era significativo. Piensa en los cuentos de hadas de los hermanos Grimm. Si tienes tan mala memoria como yo, seguramente pensarás que estos cuentos son historias dulces y felices, apropiadas para cualquier niño a la hora de acostarse. En realidad, los cuentos de hadas de los hermanos Grimm nos resultan, bueno, bastante siniestros. Solamente unos pocos padres demasiado ambiciosos se atreverán a leerles a sus hijos, a la de hora de acostarse o a cualquier otra hora, esas historias llenas de sangre y moralina.

Disney tomó estas historias y las volvió a contar de una manera que las condujo a una nueva era. Las animó convirtiéndolas en dibujos animados, con personajes y luz. Sin eliminar por completo los elementos de miedo y peligro, hizo que lo oscuro fuera divertido e inyectó compasión genuina donde antes sólo había terror. Y esto no lo hizo únicamente con la obra de los hermanos Grimm. De hecho, el catálogo de las obras de Disney que se basan en la obra de otros es asombroso cuando se repasa en su totalidad: *Blancanieves* (1937), *Fantasía* (1940), *Pinocho* (1940), *Dumbo* (1941), *Bambi* (1942), *Canción del sur* (1946), *Cenicienta* (1950), *Alicia en el país de las maravillas* (1951), *Robin Hood* (1952), *Peter Pan* (1953), *La dama y el vagabundo* (1955), *Mulan* (1998), *La bella durmiente* (1959), *101 dalmatas* (1961), *Merlín el encantador* (1963) y *El libro de la selva* (1967)—sin mencionar un ejemplo reciente del que quizá nos deberíamos olvidar, *El planeta del tesoro* (2003). En todos estos casos, Disney (o Disney, Inc.) tomó creatividad de la cultura a su alrededor, mezcló esa creatividad con su propio talento extraordinario, y luego copió esa mezcla en el alma de su cultura. Toma, mezcla y copia.[4]

Esta es una forma de creatividad. Es una forma que deberíamos recordar y celebrar. Hay quien dice que no hay más forma de creatividad que ésta. No tenemos que ir tan lejos para reconocer su importancia. Podemos llamarla creatividad Disney, aunque eso sería un poco engañoso. Es, para ser más precisos, «la creatividad de Walt Disney» —una forma de expresión y de genio que se basa en la cultura que nos rodea y que la convierte en algo diferente.

---

4 En el original, el slogan de Apple: «Rip, mix, and burn» [*N. del T.*].

En 1928, la cultura de la que Disney tenía la libertad de nutrirse era relativamente fresca. En 1928 el dominio público no era muy antiguo y por lo tanto estaba muy vivo. El plazo medio del copyright era aproximadamente treinta años —para esa minoría de obras creativas que tenían efectivamente copyright.[5] Eso significaba que durante una media de treinta años los autores y los dueños de copyright de una obra creativa tenían un «derecho exclusivo» para controlar ciertos usos de esa obra. Para usar esta obra con copyright de acuerdo con los usos protegidos se requería el permiso del dueño del copyright.

Al final del plazo de copyright, una obra pasaba al dominio público. Entonces no se necesitaba permiso alguno para usarla o para basarse en esa obra. Ningún permiso y, por tanto, ningún abogado. El dominio público era «zona libre de abogados». Así, en 1928 la mayoría de los contenidos del siglo XIX eran libres para que Disney los usara y se basase en ellos. Eran libres para que cualquiera —tuviera contactos o no, fuera rico o no, tuviera permiso o no—los usara y se basara en ellos.

Es la forma en la que las cosas habían sido siempre —hasta hace bien poco. Durante la mayoría de nuestra historia, el dominio público estaba justo detrás del horizonte. Desde 1790 a 1978, el plazo medio del copyright nunca fue más de treinta y dos años, lo cual significaba que la mayoría de la cultura que tuviera apenas una generación y media era libre para que cualquiera se basara en ella sin necesitar permiso de nadie. Hoy en día el equivalente sería que las obras creativas de los sesenta y los setenta fueran libres para que el próximo Walt Disney pudiera basarse en ellas sin permisos. No obstante, el dominio público hoy sólo está presuntamente libre en lo que respecta a los contenidos de antes de la Gran Depresión.

POR SUPUESTO, Walt Disney no tenía un monopolio sobre la «creatividad Walt Disney». Ni tampoco EE.UU. La norma de la cultura libre, salvo hasta hace poco, y con la excepción de los países totalitarios, ha sido ampliamente explotada y se puede considerar bastante universal.

---

5 Hasta 1976, la ley del copyright concedía al autor la posibilidad de tener dos plazos: un plazo inicial y un plazo renovado. He calculado el plazo «medio» determinando la media ponderada del total de registros para un año determinado y la proporción de renovaciones. De manera que, si se registran 100 copyrights en el año 1, y solamente 15 se renuevan, y el plazo de renovación es 28 años, entonces el plazo medio es 32.2. Para los datos de renovación y otros datos relevantes, véase el sitio web asociado a este libro, disponible en el enlace #6.

Consideremos, por ejemplo, una forma de creatividad que les parece extraña a muchos estadounidenses pero que es imposible de evitar en la cultura japonesa: el *manga*, o los comics. Los japoneses son fanáticos de los comics. Un 40 % de las publicaciones son comics y un 30 % de los ingresos de publicación proviene de los comics. Están por todos sitios, en cualquier kiosko, en las manos de muchos de los que van a trabajar usando el extraordinario sistema japonés de transporte público.

Los estadounidenses suelen mirar con desdén esta forma de cultura. Una característica nuestra poco atractiva. Tendemos a malinterpretar muchas cosas relacionadas con el manga, debido a que pocos de nosotros hemos leído algo semejante a las historias que cuentan estas «novelas gráficas». Para los japoneses el manga cubre todos los aspectos de la vida social. Para nosotros, los comics son «hombres con leotardos». Y de todas maneras no es que el metro de Nueva York esté lleno de lectores de Joyce o al menos de Hemingway. Gente de distintas culturas se distrae de formas distintas, los japoneses de esta forma tan interesantemente diferente.

Pero mi intención aquí no es comprender el manga. Es describir una variante del manga que desde la perspectiva de un abogado es muy extraña, pero que desde la perspectiva de Disney es muy familiar.

Se trata del fenómeno del *doujinshi*. Los doujinshi también son comics, pero son un tipo de imitaciones de comics. Una rica ética gobierna la creación de los *doujinsh*i. No es un *doujinshi* si es *sólo* una copia; el artista tiene que contribuir de alguna forma al arte que está copiando, transformándolo de un modo sutil o significativo. Así un comic *doujinshi* puede tomar un comic para el público general y desarrollarlo de una manera distinta —con una trama diferente. O el comic puede mantener al personaje principal tal y como es pero cambiar ligeramente su aspecto. No hay ninguna fórmula para determinar qué hace que un *doujins*hi sea lo suficientemente «diferente». Pero debe ser diferente si se quiere que sea considerado un verdadero *doujinshi*. De hecho, hay comités que examinan *dounjinshi* para incluirlos en exposiciones y rechazan cualquier imitación que sea meramente una copia.

Estos comics imitación no son una parte minúscula del mercado del manga. Son una parte enorme. Hay más de 33.000 «círculos» de creadores de todo Japón que producen estos pedacitos de creatividad Walt Disney. Más de 450.000 japoneses se reúnen dos veces al año, en la reunión pública más grande de país, para intercambiarlos y venderlos. Este mercado existe en paralelo al mercado comercial destinado al gran público. Es obvio que de alguna forma compite con ese mercado, pero no hay ningún esfuerzo sistemático por parte de aquellos que controlan el mercado comercial del manga para cerrar el mercado del *doujinshi*. Florece, a pesar de la competencia y a pesar de las leyes.

La característica más desconcertante del mercado del doujinshi, para, al menos, aquellos con una educación en derecho, es simplemente el hecho de que se permita que exista. Bajo las leyes del copyright japonesas, las cuales en este aspecto (sobre el papel) son un calco de las estadounidenses, el mercado del *doujinshi* es ilegal. Los *dounjinshi* son simplemente «obras derivadas». No hay un método general por parte de los artistas del *doujinshi* para obtener el permiso de los creadores de manga. La práctica, por el contrario, consiste simplemente en tomar las creaciones de otros y modificarlas, como hizo Walt Disney con Steamboat Bill Jr. Tanto bajo las leyes japonesas como bajo las estadounidenses, ese «préstamo» sin el permiso del dueño del copyright original es ilegal. Se infringe el copyright original cuando se hace una copia o una obra derivada sin el permiso del dueño del copyright original.

Sin embargo, este mercado ilegal existe y, de hecho, florece en Japón, y en opinión de muchos, el manga florece precisamente porque existe. Tal y como me dijo Judd Winick, creadora de novelas gráficas estadounidense: «Los primeros días del comic en EE.UU. eran muy parecidos a lo que ocurre hoy en Japón. [...] Los comics estadounidenses nacieron por medio de la copia recíproca. [...] Así era como [los artistas] aprendían a dibujar —yendo a los libros de comics, no calcándolos, sino mirándolos y copiándolos» y basándose en ellos.[6]

Los actuales comics estadounidenses son muy diferentes, explica Winick, en parte debido a las dificultades legales para adaptar comics de la misma manera en la que se permite que los *dounjinshi* lo hagan. Hablando de Superman, Winik me dijo que «éstas son las reglas y te tienes que atener a ellas». Hay cosas que Superman «no puede» hacer. «Como creadora es frustrante tener que adherirte a algunos parámetros que ya tienen cincuenta años».

La norma en Japón atenúa esta dificultad legal. Hay quien dice que el beneficio que recauda el mercado japonés del manga explica esta actitud indulgente. Por ejemplo, Salil Mehra, profesor de derecho de la Universidad de Temple, tiene la hipótesis de que el mercado del manga acepta lo que técnicamente son violaciones del derecho ya que incitan a que el mercado del manga sea más rico y productivo. Todos perderían si se prohibieran los *doujinshi*, de manera que las leyes no prohíben los *doujinshi*.[7]

---

[6] Para una excelente historia, véase Scott McCloud, *Reinventing Comics*, Nueva York, Perennial, 2000.

[7] Véase Salil K. Mehra, «Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Comics My Kid Watches Are Japanese Imports?» *Rutgers Law Review* 55 (2002): 155, p. 182. «Debe haber una racionalidad económica colectiva que lleve a que los artistas de *manga* y *anime* renuncien a tomar acciones legales contra esta violación de copyright. Una hipótesis es que puede que todos los artistas de manga se beneficien colectivamente si ponen a un lado sus intereses individuales y deciden no hacer cumplir sus derechos legales. Éste es esencialmente un dilema del prisionero resuelto».

El problema con esta historia, sin embargo, como Mehra simplemente reconoce, es que el mecanismo que produce esta respuesta modelo *laissez faire* no está claro. Bien pudiera ser que al mercado en general le vaya mejor si se permiten los doujinshi en lugar prohibirlos, pero eso no explica, sin embargo, por qué los dueños individuales de copyright no demandan a nadie. Si las leyes no hacen una excepción general para el *doujinshi*, y de hecho en algunos casos artistas individuales del manga han demandado a artistas del *doujinshi*, ¿por qué no hay un patrón más general que bloquee estos «préstamos libres y gratuitos» por parte de la cultura *doujinshi*?

Pasé cuatro meses maravillosos en Japón, e hice esta pregunta tan a menudo como me fue posible. Al final, quizás la mejor explicación me la dio un amigo en uno de los bufetes japoneses más importantes. «No tenemos suficientes abogados», me dijo una tarde. «Simplemente no hay suficientes recursos como para perseguir casos así».

Éste es un tema al que volveremos: la regulación legal es una función tanto de las palabras en los códigos como del coste de hacer que esas palabras tengan efecto. De momento, concentrémonos en la pregunta obvia que salta a la mente: ¿Estaría mejor Japón con más abogados? ¿Sería el manga más rico si los artistas del *doujinshi* fueran sistemáticamente perseguidos? ¿Ganarían algo importante los japoneses si pudieran acabar con esta práctica de intercambio sin compensaciones? ¿Perjudica en este caso la piratería a sus victimas o las ayuda? ¿Ayudarían a sus clientes los abogados que lucharan contra esta piratería o los perjudicarían?

PARÉMONOS UN INSTANTE.

Si eres como yo hace una década, o como es la mayoría de la gente cuando empieza a pensar sobre estas cuestiones, entonces ahora mismo debes andar desconcertado acerca de algo en lo que no te habías parado a pensar en detalle con anterioridad.

Vivimos en un mundo que celebra la «propiedad». Yo soy de los que la celebran. Creo en el valor de la propiedad en general, y creo también en el valor de esa forma rara de propiedad que los abogados llaman «propiedad intelectual».[8]

---

8 El término *propiedad intelectual* tiene un origen relativamente reciente. Véase Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 11, Nueva York, New York University Press, 2001. Véase también Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, Nueva York, Random House, 2001, p. 293 n. 26. El término describe acertadamente una serie de derechos de «propiedad» —copyright, patentes, trademark y trade-secret— pero la naturaleza de esos derechos es muy diferente.

Una sociedad grande y diversa no puede sobrevivir sin propiedad; una sociedad grande, diversa y moderna no puede florecer sin propiedad intelectual.

Pero sólo hace falta un segundo de reflexión para darse cuenta que hay un montón de valor en las cosas de ahí afuera que la idea de «propiedad» no abarca. No me refiero a «que el dinero no te puede comprar amor», como dirían los Beatles, sino, más bien, al valor que sencillamente es parte de un proceso de producción, incluyendo la producción comercial y no comercial. Si los animadores de Disney hubieran robado unos cuantos lápices para dibujar Steamboat Willie, no tendríamos la menor duda para condenarlos por ello —por muy trivial que sea, por poco que se notase. Sin embargo, no hay nada malo, al menos según las leyes de su época, en que Disney tomara algo de Buster Keaton o de los hermanos Grimm. No había nada malo en tomar cosas de Buster Keaton debido a que el uso de Disney se habría considerado *fair use*.[9] No había nada malo en tomar cosas de los Grimm debido a que la obra de los Grimm estaba en el dominio público.

Así, incluso si las cosas que tomó Disney —ligeramente o de modo más general, las cosas que cualquiera toma cuando practica la creatividad Walt Disney— tienen valor, nuestra tradición no ve esos préstamos como algo malo. Algunas cosas siempre permanecen libres para que cualquiera las tome dentro de una cultura libre, y la libertad es buena.

Lo mismo ocurre con la cultura del *doujinshi*. Si un artista del *doujinshi* entrara por la fuerza en la oficina de un editor y saliera corriendo con mil copias de su última obra —o siquiera con una copia— sin pagar, no tendríamos ninguna duda para condenar al artista. Además del allanamiento, habría robado algo con un valor. Las leyes prohíben ese robo en cualquier forma que se produzca, ya sea un robo grande o pequeño.

Sin embargo hay una reticencia evidente, incluso entre los abogados japoneses, para decir que esos artistas de los comics de imitación están «robando». Esta forma de creatividad Walt Disney es vista como algo justo y que está bien, incluso si los abogados en particular lo tienen difícil a la hora de decir por qué.

Lo mismo ocurre con miles de ejemplos que aparecen por cualquier sitio una vez que empiezas a buscarlos. Los científicos se basan en el trabajo de otros científicos sin preguntar ni pagar por el privilegio de hacerlo. («Perdone, Profesor Einstein, pero ¿me podría dar permiso para usar su

---

9 Se prefiere la voz original inglesa *faire use*, ya que la traducción jurídica, «uso razonable» denota en la legislación española un menor número de casos y excepciones a los derechos de autor [*N. del E.*].

teoría de la relatividad para demostrar que usted estaba equivocado por lo que respecta a la física cuántica?»). Las compañías de teatro escenifican adaptaciones de las obras de Shakespeare sin obtener permiso de nadie. (¿Hay *alguien* que crea que se difundiría mejor a Shakespeare en nuestra cultura si hubiera una entidad central de derechos para Shakespeare a la que todas las producciones tuvieran que dirigirse antes de hacer nada?). Y Hollywood funciona en ciclos en relación a cierto tipo de películas: cinco películas de asteroides a finales de los noventa; dos cintas de desastres con volcanes en 1997.

Los creadores en este país y en cualquier sitio, siempre y en todo momento, se basan en la creatividad que vino antes y que los rodea ahora. Basarse en otras obras, siempre y en todos sitios, se realiza al menos en parte sin permiso y sin compensaciones al autor original. Ninguna sociedad, libre o controlada, ha exigido jamás que se pagara por todos los usos o que siempre hubiera que buscar permiso para la creatividad Walt Disney. Todas las sociedades, por el contrario, han dejado libres fragmentos de su cultura, con el fin de que se tomen para otras obras —quizás, las sociedades libres de una forma más completa que las no libres, pero en algún grado en todas las sociedades.

La pregunta, difícil de responder, es, por lo tanto, no *si* una cultura es libre. Todas las culturas son libres en cierto grado. La pregunta, por el contrario, es «¿Hasta qué punto es libre nuestra cultura?» ¿Cuánto, y con qué margen, es libre esta cultura para que otros tomen y se basen en ella? ¿Está esa libertad limitada a los miembros del partido? ¿A los miembros de la familia real? ¿A las diez corporaciones en lo alto de la lista de la bolsa de Nueva York? ¿O esta libertad está ampliamente difundida? ¿Para los artistas en general, estén afiliados al Met o no? ¿Para los músicos en general, sean blancos o no? ¿Para los directores de cine en general, estén afiliados o no a un estudio?

Las culturas libres son culturas que dejan una gran parte abierta a los demás para que se basen en ella; las que no son libres, las culturas del permiso, dejan mucho menos. La nuestra era una cultura libre. Se está convirtiendo en una que lo es en mucho menor grado.

2. «*Meros copistas*»

En 1839, Louis Daguerre inventó la primera tecnología práctica para producir lo que hoy llamamos «fotografías». De un modo perfectamente apropiado, se llamaban «daguerrotipos». El proceso era complicado y caro, y el campo estaba por tanto limitado a profesionales y a unos pocos aficionados ricos y fervorosos. (Había incluso una Sociedad Estadounidense de Daguerre que ayudaba a regular la industria, del mismo modo que lo hacen todas las asociaciones semejantes, manteniendo la competencia en lo mínimo para mantener bien altos los precios).

Sin embargo, a pesar de los altos precios, la demanda de daguerrotipos era fuerte. Esto animó a los inventores a encontrar formas más sencillas y baratas de producir «imágenes automáticas». William Talbot pronto descubrió un proceso para hacer «negativos». Pero debido a que los negativos eran de cristal y tenían que estar siempre húmedos, el proceso era todavía caro y engorroso. En la década de 1870 se desarrollaron placas secas, facilitando la separación de la toma de fotografías del revelado. Había aún placas de cristal, y por tanto no era todavía un proceso al alcance de los aficionados.

El cambio tecnológico que hizo posible la fotografía como fenómeno de masas no ocurrió hasta 1888, y fue obra de un solo hombre. George Eastman, el mismo fotógrafo aficionado, estaba frustrado con la tecnología de placas para tomar fotografías. En un fogonazo (digámoslo así) de genialidad, Eastman vio que si se podía lograr que la película fuese flexible, podía quedar sujeta en torno a un solo eje. Ese rollo podía ser enviado más tarde a un estudio de revelado, lo cual disminuiría sustancialmente los costes de la fotografía. Bajando los costes Eastman esperaba que pudiera ampliar drásticamente la población de fotógrafos.

Eastman desarrolló películas flexibles hechas de papel bañado en una emulsión y las colocó en pequeños rollos en cámaras pequeñas y sencillas:

la Kodak. El aparato se lanzó al mercado enfatizando su sencillez de uso. «Apriete un botón y nosotros haremos todo lo demás».[1] Tal y como rezaba la descripción en Kodak para principiantes:

> El principio del sistema de Kodak es la separación del trabajo que cualquier persona puede hacer al tomar una foto y el trabajo que sólo un experto puede hacer. [...] Nosotros le proporcionamos a cualquiera, hombre, mujer o niño, que tenga la suficiente inteligencia para apuntar una caja directamente a algo y después apretar un botón, un instrumento que elimina por completo de la práctica de la fotografía la necesidad de instalaciones excepcionales o, de hecho, cualquier conocimiento especial para este arte. Puede usarse sin ningún estudio previo, sin un cuarto oscuro y sin productos químicos.[2]

Por veinticinco dólares cualquiera podía hacer fotos. La cámara venía ya cargada con la película, y cuando se había usado se devolvía a una fábrica Eastman, donde se revelaba. Con el tiempo, por supuesto, se mejoraron tanto el coste de la cámara como la facilidad con la que podía usarse. La película de rollo se convirtió, por lo tanto, en la base de la explosión en el crecimiento de la fotografía popular. La cámara de Eastman salió a la venta por primera vez en 1888; un año más tarde, Kodak estaba pasando a papel más de seis mil negativos al día. Entre 1888 y 1909, mientras que la producción industrial crecía al 4.7 %, las ventas de equipo y material fotográfico lo hicieron al 11 %.[3] Las ventas de la Kodak durante el mismo periodo experimentaron un incremento medio anual de más del 17 %.[4]

La importancia real del invento de Eastman, sin embargo, no era económica. Era social. La fotografía profesional permitía que los individuos vislumbraran lugares que no verían de otras formas. La fotografía amateur les daba la capacidad de registrar sus propias vidas de una manera en la que no podían haberlo hecho antes. Como Brian Coe apunta: «Por primera vez, el album de fotos le daba a la persona de la calle el registro permanente de su familia y sus actividades. [...] Por primera vez en la historia hay un verdadero registro visual de la apariencia y las actividades de las personas normales sin ninguna interpretación [literaria] o prejuicio».[5]

De este modo, las cámaras y películas Kodak eran tecnologías de expresión. El lápiz o el pincel eran también tecnologías de expresión, por supuesto. Pero se necesitaban años de aprendizaje hasta que los aficionados pudieran

---

1 Reese V. Jenkins, *Images and Entreprise*, (Baltimor: Johns Hopkins University Press, 1975), p. 112.

2 Brian Coe, The Birth of Photography (Nueva York: Taplinger Publishing 1977), p. 53.

3 Jenkins, *op.cit.*, p. 177.

4 Basado en una tabla en Jenkins, op.cit, p. 178.

5 Coe, *op.cit*, p. 58.

usarlos de una forma que fuera útil o efectiva. Con la Kodak, la expresión era posible mucho antes y de una forma mucho más sencilla. Se bajó la barrera de la expresión. Los snobs podían desdeñar su «calidad»; los profesionales podían descartarla por irrelevante. Pero mira a un niño estudiando la mejor manera de encuadrar una foto y te harás una idea del sentido de la creatividad que permitió la Kodak. Los instrumentos democráticos le dan a la gente corriente una forma de expresarse de una forma mucho más fácil que con cualquiera de los instrumentos que había antes.

¿Qué hacía falta para que esta tecnología floreciese? Obviamente, el genio creador de Eastman fue una parte importante. Pero también fue importante el entorno legal en el que creció el invento de Eastman. Desde muy temprano en la historia de la fotografía, hubo una serie de decisiones judiciales que podrían haber cambiado sustancialmente el camino de la misma. Les preguntaron a los tribunales si el fotógrafo, aficionado o profesional, necesitaba permiso antes de que pudiera capturar e imprimir cualquier imagen que quisiera. La respuesta fue que no.[6]

Estos argumentos a favor de exigir permiso nos sonarán sorprendentemente familiares. El fotógrafo estaba «tomando» algo de la persona o el edificio al que le hacía la fotografía —pirateando algo de valor. Algunos hasta pensaban que estaba tomando el alma del objeto fotografiado. Igual que Disney no era libre de tomar los lápices que sus animadores usaban para dibujar a Mickey, estos fotógrafos tampoco tenían la libertad de tomar imágenes que consideraran valiosas.

En el otro bando tenemos un argumento que también nos debería resultar familiar. Sí, por supuesto, claro que se usaba algo con valor. Pero los ciudadanos deberían tener la libertad de capturar al menos esas imágenes que están a la vista del público. (Louis Brandeis, quien llegaría a ser juez del Tribunal Supremo, pensaba que esta regla debería ser distinta para imágenes en espacios privados).[7] Puede ser que el fotógrafo consiga algo a cambio de nada. Pero del mismo modo que Disney podía inspirarse en *Steamboat Bill, Jr.* o en los hermanos Grimm, el fotógrafo debería tener la libertad de capturar una imagen sin compensar a la fuente.

Afortunadamente para Eastman, y para la fotografía en general, estas decisiones tempranas fueron a favor de los piratas. En general, no se exigiría ningún permiso antes de atrapar una imagen y de compartirla con otros.

---

6 Para casos ilustrativos, véase, por ejemplo, *Pavesich contra N.E. Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68 (Ga. 1905); *Foster-Milburn Co. contra Chinn,* 123090 S.W. 364, 366 (Ky. 1909); *Corliss contra Walker*, 64 F. 280 (Mass. Dist. Ct. 1894).

7 Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review* 4 (1890): 193.

El permiso, por contrario, se presuponía. La libertad era la opción por defecto. (Esta ley acabaría diseñando una excepción para los famosos: los fotógrafos comerciales que toman instantáneas de famosos con propósitos comerciales tienen más restricciones que el resto de nosotros. Pero habitualmente la imagen puede tomarse sin pagar derechos por hacerlo).[8]

Solamente podemos especular sobre la dirección que habría tomado la fotografía si las leyes se hubieran inclinado del otro lado. Si la suposición general hubiera sido en contra del fotógrafo, entonces el fotógrafo tendría que haber demostrado que tenía permiso. Quizás Eastman Kodak también habría tenido que demostrar que tenía permiso antes de revelar la película en la que estaban capturadas esas imágenes. Después de todo, si no se había dado permiso, entonces Eastman Kodak se estaría beneficiando del «robo» cometido por el fotógrafo. Del mismo modo que Napster se beneficiaba cada vez que sus usuarios violaban el copyright, Kodak se estaría beneficiando de las violaciones de los derechos de imagen por parte de sus fotógrafos. Podemos imaginarnos, entonces, a las leyes exigiendo la demostración de que se estaba en posesión de algún tipo de permiso antes de que la compañía revelara las fotografías. Podemos imaginarnos el desarrollo de un sistema para demostrar ese permiso.

Pero aunque podemos imaginarnos este sistema de permisos, sería muy difícil ver de qué manera la fotografía podría haber florecido como lo ha hecho si este requisito del permiso se hubiera inscrito en las reglas que la gobernaban. Habría habido fotografía. Su importancia habría crecido con el tiempo. Los profesionales habrían seguido usando la tecnología de la misma forma en la que lo hacían —ya que los profesionales podrían haber soportado mejor las cargas del sistema de permisos. Pero la difusión de la fotografía entre la gente corriente nunca habría tenido lugar. Y, ciertamente, nada parecido a ese crecimiento de una tecnología democrática de expresión hubiera sucedido.

SI ATRAVIESAS CONDUCIENDO el barrio de Presidio en San Francisco, puede que veas dos autobuses de amarillo brillante sobre el que están pintadas sorprendentes imágenes llenas de color y el logo «¡Sólo piensa!» en lugar del nombre de la escuela. Pero poco hay que «sólo» sea cerebral en los proyectos

---

8 Véase Melville B. Nimmer, «The Right of Publicity», *Law and Contemporary Problems* 19 (1954), p. 203; William L. Prosser, «Privacy», *California Law Review* 48 (1960), pp. 398-407; *White contra Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F. 2d 1395 (9th Cir. 1992), cert. denied, 508 U.S. 951 (1993).

hechos posibles por esos autobuses. Estos autobuses están llenos de tecnologías que enseñan a los niños a jugar con películas, toqueteándolas, mirándolas, curioseándo, modificándolas. No son las películas de Eastman. Ni siquiera las películas de tu reproductor de video. Más bien la «pelicula» de las cámaras digitales. *Just Think!* es un proyecto que permite que los niños hagan películas, como forma de entender y criticar la cultura cinematográfica que los rodea por todos lados. Cada año estos autobuses viajan a más de treinta escuelas y permiten que entre trescientos y quinientos niños aprendan algo sobre los medios haciendo algo con ellos. Haciendo piensan. Jugando aprenden.

Estos autobuses no son baratos, pero la tecnología que transportan lo es cada vez más. El coste de un sistema de video de alta calidad ha caído drásticamente. Como explica un analista: «Hace cinco años, un sistema de edición de video realmente bueno costaba 25.000 dólares. Hoy puedes lograr calidad profesional por 595».[9] Estos autobuses están llenos de tecnología que habría costado cientos de miles de dólares hace sólo diez años. Y ahora es factible imaginarse no solamente autobuses como éstos, sino aulas por todo el país en las que los chavales aprendan cada vez más acerca de algo que los maestros llaman «alfabetismo mediático».

El «alfabetismo mediático», tal y como lo define Dave Yanofsky, director ejecutivo de *Just Think!*, «es la capacidad [...] para entender, analizar y deconstruir las imágenes de los medios. Su meta es alfabetizar [a los chavales] acerca de la manera en la que funcionan los medios, la forma en la que se construyen, la forma en la que se distribuyen y la forma en la que la gente accede a ellos».

Puede parecer que ésta es una manera extraña de pensar sobre la «alfabetización». Para la mayoría de la gente, la alfabetización consiste en leer y escribir. Faulkner y Hemingway y los análisis sintácticos son las cosas que sabe la gente que ha sido «alfabetizada».

Quizás sí. Pero en un mundo en el que los niños ven, de media, 390 horas de anuncios en televisión al año, o entre 20.000 y 45.000 anuncios en general,[10] es cada vez más importante entender la «gramática» de los medios. Porque igual que hay una gramática para la palabra escrita, hay también una para los medios. Y de la misma manera que los niños aprenden a escribir precisamente escribiendo una enorme cantidad de prosa horrible, los niños aprender a escribir con los medios construyendo una gran cantidad de productos mediáticos horribles (al menos al principio).

---

[9] H. Edward Goldberg, «Essential Presentation Tools: Hardware and Software You Need to Create Digital Multimedia Presentations», cadalyst, 1 febrero de 2002, disponible en el enlace #7.

[10] Judith Van Evra, *Television and Child Development* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1990); «Findings on Family and TV Study», *Denver Post*, 25 mayo de 1997, B6.

Un campo creciente de investigadores universitarios y activistas ve esta forma de alfabetización como algo crucial para la próxima generación de nuestra cultura. Porque aunque cualquiera que ha escrito comprende cuán difícil es escribir —cuán difícil es darle un ritmo a la historia, conservar la atención del lector, crear un lenguaje que se entienda— pocos de nosotros comprendemos verdaderamente lo difícil que son los medios audiovisuales. O, de un modo más fundamental, pocos de nosotros comprendemos cómo funcionan los medios, cómo mantienen la atención del público o lo guían a través de una historia, cómo provocan emociones o construyen situaciones de suspense.

El cine tardó una generación en poder hacer bien todas estas cosas. Pero incluso entonces el saber estaba en la filmación, no en escritos sobre cómo se filmaba. La capacidad venía de experimentar la filmación de una película, no de leer un libro sobre la cuestión. Uno aprende a escribir escribiendo y después reflexiona sobre lo que ha escrito. Uno aprende a escribir con imágenes haciéndolas y luego reflexionando sobre lo que ha creado.

Esta gramática ha cambiado conforme los medios audiovisuales han cambiado. Cuando se trataba solamente del cine, como Elizabeth Daley, directora ejecutiva del Centro Annenberg para los Medios de la Universidad del Sur de California y decana de la Escuela de Cine-Televisión de la USC, me explicó, la gramática trataba «de cómo colocar los objetos, del color, [...] del ritmo, el avance de la acción, y la textura».[11] Pero cuando los ordenadores abrieron un espacio interactivo en el que una historia «se juega» tanto como se experimenta, esa gramática cambió. Se pierde el mero control de la narración y se precisan otras técnicas. Michael Crichton se había convertido en un maestro de las técnicas narrativas de la ciencia ficción, pero cuando intentó diseñar un videojuego basado en una de sus obras, tuvo que aprender un nuevo oficio. Cómo guiar a la gente a lo largo de un juego sin que sientan que la están guiando no era algo obvio, incluso para un autor de extraordinario éxito.[12]

Esta habilidad técnica es precisamente lo que aprende un cineasta. Tal y como lo describe Daley: «La gente se sorprendería si supiera cómo la guían a lo largo de una película. Está perfectamente construida para evitar que lo veas, así que no tienes ni idea. Si un director tiene éxito en esto no sabes de qué manera te ha guiado». Si sabes que te están guiando en una película, la película es un fracaso.

---

11 Entrevista con Elizabeth Daley y Stephanie Barish, 13 de diciembre de 2002.

12 Véase Scott Steinberg, «Crichton Gets Medieval on PCs», E!online, 4 de noviembre de 2000, disponible en el enlace #8; «Timeline», 22 de noviembre de 2000, disponible en el enlace #9.

Sin embargo, la presión a favor de una alfabetización más extendida —una que vaya más allá de los libros de texto para incluir elementos audiovisuales— no tiene nada que ver con hacer mejores directores. La meta no es en absoluto mejorar la profesión de cineasta. Por el contrario, como explica Daley:

> Desde mi punto de vista, probablemente la brecha digital más importante no es el acceso a una caja. Es la capacidad de adquirir poder del lenguaje con el que funciona esa caja. En caso contrario, sólo un puñado de gente puede escribir con este lenguaje, y todos los demás quedamos reducidos a meros lectores.

«Meros lectores». Receptores pasivos de una cultura producida por otros. Homer Simpsons atados al televisor. Consumidores. Éste es el mundo de los medios legados por el siglo XX.

El siglo XXI podría ser diferente. Ésta es la cuestión crucial. Podría ser un mundo tanto de escritores como de lectores (y no hablo sólo de textos escritos). O al menos de lectores que entienden mejor el oficio de escribir. O mejor todavía, de lectores que comprenden la forma en la que los instrumentos permiten a alguien guiarnos por el buen o el mal camino. La meta de cualquier alfabetización, y de esta alfabetización en particular, es «darle poder a la gente para que escoja el lenguaje más apropiado para lo que necesita crear o expresar».[13] Es capacitar a los estudiantes para que «se comuniquen en el lenguaje del siglo XXI».[14]

Como con cualquier lenguaje, este lenguaje les resulta más fácil a unos que a otros. No les resulta necesariamente más fácil a los que triunfan con el lenguaje escrito. Daley y Stephanie Barish, directora del Instituto para la Alfabetización Multimedia del Centro Annenberg, describen un ejemplo particularmente conmovedor de un proyecto que llevaron a cabo en una escuela secundaria. Este instituto era un instituto muy pobre del centro deprimido de Los Ángeles. Según todos los indicadores tradicionales, era un fracaso. Pero Daley y Barish llevaron a cabo un programa que les ofrecía a los chavales la oportunidad de usar el cine para expresarse sobre algo de lo que los estudiantes sabían bastante —la violencia con armas de fuego.

La clase tenía lugar los viernes por la tarde y creó un problema relativamente nuevo para el centro. Mientras que el reto en la mayoría de las clases era conseguir que los chavales vinieran, el reto en esta clase era que se quedasen fuera. Los «muchachos empezaban a llegar a las seis de la mañana y se marchaban a las cinco de la tarde», según Barish. Estaban trabajando más que en ninguna otra clase para hacer aquello en lo que debería consistir la educación —aprender a expresarse.

---

13 Entrevista con Daley y Barish.

14 *Ibidem.*

Usando cualquier «material libre que pudieran encontrar en Internet», y herramientas relativamente simples para permitir que los chavales mezclaran «imagen, sonido y texto», según Barish, esta clase produjo una serie de proyectos que mostraban algo sobre este tipo de violencia que pocos entenderían de otra manera. Se trataba de una cuestión muy cercana a sus vidas. El proyecto «les dio un instrumento y les permitió tener la capacidad para entenderlo y hablar sobre él», explica Barish. Ese instrumento tuvo éxito a la hora de producir una expresión —mucho más éxito y de una forma mucho más convincente que si lo hubieran creado sólo con texto. «Si les hubieras dicho a esos estudiantes "tienen que hacerlo con un texto", simplemente habrían pasado del tema, se habrían ido y hecho otra cosa», tal y como describe Barish, en parte, sin duda, porque expresarse por medios textuales no es algo que a estos estudiantes se les dé muy bien. Ni tampoco los textos son una forma en la que estas ideas se puedan expresar bien. El poder de este mensaje depende de su conexión con esta forma de expresión.

«¿Pero no se trata de enseñar a los chavales a escribir en la escuela?» le pregunté yo. En parte, por supuesto, va de eso. ¿Pero por qué les enseñamos a los chavales a escribir? La educación, explica Daley, consiste en darles a los estudiantes una forma de «construir significado». Decir que eso significa solamente escribir es como decir que enseñar a escribir sólo consiste en enseñar a los niños a deletrear. El texto es una parte —y, de forma creciente, no la parte más efectiva— de la construcción de significado. Como explica Daley en la parte más conmovedora de nuestra entrevista:

> Lo que uno quiere darles a estos estudiantes es maneras de construir significado. Si todo lo que quieres darles es texto, entonces no van a hacerlo. Porque no pueden. Ya sabes, tienes a Johnny que puede mirar un video, puede jugar a un videojuego, puede pintarte graffitis en todas tus paredes, puede desmontarte el coche entero, y puede hacer un montón de cosas más. Lo único que no puede hacer es leer un texto. Así que Johnny viene a clase y tú le dices: «Johnny, eres analfabeto. Lo que tú haces no vale nada». Bueno, Johnny tiene dos opciones: Puede rechazarte a ti, o puede rechazarse a sí mismo. Si tiene un ego sano, va a rechazarte a ti. Pero si en vez de decir eso, dices esto otro: «Bueno, con todas estas cosas que tú sabes hacer vamos a hablar de este tema. Tócame música que, según tú, refleje esto, o muéstrame imágenes que, según tú, reflejen esto, o dibújame algo que refleje esto». No se consigue dándole a un chaval una videocámara y diciéndole: «Venga, vamos a divertirnos con una cámara haciendo peliculitas». No, sino más bien ayudándole a tomar esos elementos que entiendes, que son el lenguaje que hablas, y construyendo significado sobre ese tema...
>
> Eso capacita de una manera enorme. Y entonces lo que ocurre, por supuesto, es que al final, como ha pasado en todas estas clases, se dan de cabeza con el

> hecho de que «tengo que explicar esto y de verdad tengo que escribir algo». Y entonces uno de los profesores le dijo a Stephanie que podían reescribir un párrafo cinco, seis, siete, ocho veces, hasta que les saliera bien.
>
> Porque tenían que hacerlo. Había una razón para hacerlo. Tenían que decir algo, que es lo contrario a pasar simplemente por tu aro. Tenían que usar de verdad un lenguaje que no hablaban muy bien. Pero habían llegado a entender que tenían muchísimo poder con este lenguaje.

CUANDO DOS AVIONES se estrellaron contra el World Trade Center, otro contra el Pentágono y un cuarto en unos cultivos de Pennsylvania, todos los medios del mundo dieron la noticia. En todo momento de todos los días de esa semana, y durante semanas, la televisión, en particular, y los medios de comunicación, en general, volvieron a contar la historia de los acontecimientos de los que acabábamos de ser testigos. Contar fue volver a contar, porque ya habíamos visto los acontecimientos descritos. La genialidad de este horroroso atentado terrorista fue que el segundo ataque se produjo con un retraso perfectamente calculado para asegurarse que todo el mundo estaría mirando.

La narración repetida de esta historia causaba cada vez más la misma sensación. Había música para las interrupciones y gráficos sofisticados que parpadeaban en la pantalla. Había una fórmula para las entrevistas. Había «equilibrio» y seriedad. Se trataba de noticias contadas con la coreografía a la que nos hemos ido acostumbrando, «noticias como entretenimiento», incluso si el entretenimiento era una tragedia.

Pero además de estas noticias producidas sobre «la tragedia del 11 de septiembre», aquellos de nosotros ligados a Internet empezamos a ver también una producción muy diferente. Internet estaba llena de relatos sobre los mismos acontecimientos. Sin embargo, esos relatos tenían un sabor muy diferente. Algunos construyeron páginas de fotos que capturaban imágenes de todo el mundo y las presentaban como un pase de diapositivas con texto. Otros ofrecían cartas abiertas. Había grabaciones de sonido. Había rabia y frustración. Había intentos de proporcionar un contexto. Se daba, en definitiva, una reunión de apoyo extraordinaria a nivel mundial, en el sentido en el que Mike Godwin usa el término *burn reising*[15] en su libro Cyber Rights, en torno a una noticia que había atrapado al mundo entero. Estaba la ABC y CBS, pero también Internet.

---

15 *Barn raising* en el original: fiesta en la que los miembros de una comunidad se reúnen para ayudar a un vecino a construir un cobertizo. Véase por ejemplo la película *Único testigo* (también traducida como *Testigo en peligro*), con Harrison Ford [*N. del T.*].

No quiero simplemente alabar Internet —aunque creo que debería alabarse a la gente que apoya esta forma de expresión. Mi intención, más bien, es señalar la importancia de esta forma de expresión. Porque igual que Kodak, Internet permite que la gente capture imágenes. Y como en una película de un estudiante en el autobús de Just Think!, las imágenes visuales pueden mezclarse con sonido o con texto.

Pero a diferencia de cualquier tecnología que simplemente captura imágenes, Internet permite compartir estas creaciones con un número extraordinario de personas de un modo prácticamente instantáneo. Esto es algo nuevo en nuestra tradición —no sólo que la cultura pueda capturarse mecánicamente, y obviamente no sólo que se comenten acontecimientos de una forma crítica, sino que esta mezcla de imágenes capturadas, sonidos y comentarios puede ser ampliamente difundida de un modo prácticamente instantáneo.

El 11 de septiembre no fue una aberración. Tuvo un comienzo. Más o menos en la misma fecha, una forma de comunicación, que ha crecido de forma exponencial, estaba empezando a llamar la atención de la conciencia pública: el *Weblog* o *blog*.[16] El *blog* es un tipo de diario público, y en algunas culturas, como Japón, su función es muy parecida a la de un diario. En esas culturas registran hechos privados de una manera pública —es algo así como un *Jerry Springer* digital, disponible en cualquier lugar del mundo.

Pero en EE.UU. los blogs han tomado un carácter muy diferente. Hay quienes solamente usan ese espacio para hablar de su vida privada. Pero hay muchos que lo usan para participar en discusiones públicas. Discutir cuestiones de importancia pública, criticando a otros que tienen opiniones equivocadas, criticando a los políticos por las decisiones que toman, ofreciendo soluciones a problemas que todos podemos ver: los blogs crean la sensación de una reunión pública virtual, pero una en la que no todos esperamos estar al mismo tiempo y en la cual las conversaciones no están necesariamente relacionadas. Las mejores entradas en un blog son relativamente cortas; apuntan directamente a palabras pronunciadas por otros, criticándolas o añadiéndoles algo. Se puede sostener sin dificultad que son la forma de discurso público no controlado más importante que tenemos.

Esto es una afirmación muy tajante. Sin embargo, dice tanto sobre nuestra democracia como sobre los blogs. Es la parte más difícil de aceptar para los que amamos a EE.UU.: nuestra democracia se ha atrofiado. Por supuesto que tenemos elecciones, y la mayoría de las veces los tribunales permiten que esas elecciones cuenten. Un número relativamente pequeño de personas

---

[16] O cuaderno de bitácora de navegación por la Red [*N. del T.*].

vota en esas elecciones. El ciclo de esas elecciones ha llegado a ser algo totalmente profesionalizado y rutinario. La mayoría de nosotros piensa que eso es la democracia.

Pero la democracia nunca ha consistido solamente en las elecciones. La democracia significa el gobierno del pueblo, pero ese gobierno significa algo más que unas meras elecciones. En nuestra tradición también significa control por medio de un discurso razonado. Ésta fue la idea que atrapó la imaginación de Alexis de Tocqueville, el abogado francés del s. XIX que escribió la descripción más importante de la temprana *Democracia* en EE.UU. No fueron las elecciones populares lo que le fascinó —fue el jurado, una institución que le daba a la gente normal el derecho a decidir sobre la vida o la muerte de otros ciudadanos. Y lo más fascinante para él era que el jurado no votaba simplemente sobre el resultado que impondría. Deliberaban. Sus miembros discutían sobre el resultado «correcto»; trataban de persuadirse los unos a los otros acerca del resultado «correcto», y al menos en los casos criminales, tenían que estar de acuerdo en un resultado unánime para que el proceso terminara.[17]

Sin embargo, incluso esta institución flaquea hoy día en EE.UU. Y en su lugar no hay ningún esfuerzo sistemático para permitir que los ciudadanos deliberen. Hay quien está luchando para que se cree precisamente esa institución.[18] Y en algunas ciudades de Nueva Inglaterra, algo parecido a estas deliberaciones permanece aún. Pero para la mayoría de nosotros, la mayor parte del tiempo, «no hay ni tiempo ni lugar para que la deliberación democrática» se produzca.

De un modo aún más extraño y sorprendente, ni siquiera hay permiso para que esto ocurra. Nosotros, la democracia más poderosa del mundo, hemos desarrollado una norma muy fuerte en contra de la conversación política. Está bien hablar de política con la gente con la que estamos de acuerdo. Pero es de mal gusto hablar de política con gente con la que estamos en desacuerdo. El discurso político se convierte en algo aislado, y el discurso aislado se hace más extremo.[19] Decimos lo que nuestros amigos quieren que digamos, y oímos muy poco aparte de lo que nuestros amigos dicen.

---

17 Véase, por ejemplo, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, lib. 1, trad. Henry Reeve, Nueva York, Bantam Books, 2000, capítulo 16 [ed. cast. *La democracia en América*, 2 vol., Madrid, Alianza Editorial, 1995].

18 Bruce Ackerman y James Fishkin, «Deliberation Day», *Journal of Political Philosophy* 10 (2) (2002), p. 129.

19 Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 65-80, 175, 182, 183 y 192.

Y aquí entra el *blog*. La misma arquitectura de los blogs resuelve parte del problema. La gente publica cuando quiere publicar, y la gente lee cuando quiere leer. El tiempo más inasequible es el de la sincronía. Las tecnologías que hacen posible una comunicación no sincrónica, tales como el correo electrónico, incrementan las oportunidades para la comunicación. Los blogs permiten el discurso público sin que el público ni siquiera tenga que reunirse en un único lugar público.

Pero más allá de la arquitectura, los blogs también han resuelto el problema de las normas. No hay ninguna norma (todavía) en la blogosfera en contra de hablar sobre política. De hecho, es un espacio lleno de discurso político, tanto de derechas como de izquierdas. Algunos de los sitios más populares son conservadores o libertarios, pero hay muchos de todos los colores políticos. E incluso blogs que no son sobre política cubren estas cuestiones cuando la ocasión lo merece.

La importancia de estos blogs es ahora mínima, aunque no tan mínima. El nombre de Howard Dean se podría haber esfumado de la carrera presidencial del 2004 de no ser por los blogs. Sin embargo, incluso si el número de lectores es reducido, su lectura está teniendo efecto.

Se produce un efecto directo sobre historias que tenían un ciclo vital distinto en los medios para el gran público. El asunto Trent Lott es un ejemplo. Cuando Lott «se equivocó al hablar» en una fiesta para el senador Strom Thurmond, alabando básicamente la política segregacionista de Thurmond, calculó bien al pensar que la historia desaparecería de la prensa en cuarenta y ocho horas. Lo hizo. Pero no calculó el ciclo vital en la blogosfera. Los *bloggers* siguieron investigando esta historia. Con el tiempo aparecieron más y más ejemplos de semejantes «equivocaciones». Finalmente, la historia volvió a la prensa. Y al final Lott se vio forzado a dimitir de su puesto de líder de su partido en el senado.[20]

Este ciclo diferente es posible porque no hay las mismas presiones comerciales para los blogs que para otras empresas. La televisión y los periódicos son entidades comerciales. Deben trabajar para conservar la atención. Si pierden lectores, pierden ingresos. Como los tiburones, tienen que seguir moviéndose.

Pero los *bloggers* no tienen las mismas limitaciones. Pueden obsesionarse, concentrarse, ponerse serios. Si un blog en particular escribe una historia particularmente interesante, cada vez más gente enlazará esa historia. Y

---

20 Noah Shachtman, «With Incessant Postings, a Pundit Stirs the Pot», *New York Times*, 16 de enero de 2003, G5.

conforme aumenta el número de enlaces a una determinada historia, sube en los rankings de historias. La gente lee lo que es popular; lo que es popular ha sido seleccionado por el muy democrático proceso de rankings generados entre iguales.

Se da una segunda razón por el que los blogs tienen también un ciclo diferente de la prensa general. Como me dijo Dave Winer, uno de los padres de este movimiento y creador de software durante décadas, otra diferencia es la ausencia de «un conflicto de intereses» financieros. «Creo que tienes que sacar el conflicto de intereses» del periodismo, me dijo Winer. «Un periodista amateur simplemente no afronta un conflicto de intereses, o el conflicto de intereses es tan fácil de revelar que sabes que más o menos puedes quitártelo de en medio».

Estos conflictos se hacen cada vez más importantes conforme los medios se concentran cada vez más y más (volveremos sobre este asunto). Unos medios concentrados en pocas manos pueden ocultarle más cosas al público que unos medios en los que no se da esta concentración —tal y como la CNN admitió haber hecho durante la guerra de Irak por miedo a las consecuencias para sus propios empleados.[21] También necesita sostener una posición más coherente. (En medio de la guerra de Irak, leí una entrada en Internet de alguien que estaba escuchando en ese momento una conexión vía satélite con una reportera en Irak. La central en Nueva York le decía a la reportera una y otra vez que su relato de la guerra era demasiado sombrío: tenía que ofrecer una historia más optimista. Cuando les dijo a Nueva York que no podía garantizar eso, le dijeron que ellos escribirían «la historia»).

La blogosfera ofrece a los amateurs una forma de entrar en el debate —«amateur» no en el sentido de falto de experiencia, sino en el sentido de deportista olímpico, alguien a quien no se le paga para que informe. Permite una gama mucho más amplia de fuentes para una historia, tal y como revelan las informaciones sobre el desastre del Columbia, cuando cientos de personas por todo el sudoeste de EE.UU. fueron a Internet a volver a contar lo que habían visto.[22] Y hace que los lectores lean a través del espectro de relatos y, como dice Winer, «triangulen» la verdad. Los blogs, explica Winer, están «comunicándose directamente con nuestra circunscripción electoral, y el intermediario se queda fuera» —con todos los beneficios y costes que eso implica.

---

[21] Entrevista telefónica con David Winer, 16 de abril de 2003.

[22] John Schwartz, «Loss of the Shuttle: The Internet; A Wealth of Information Online», *New York Times*, 2 de febrero de 2003, A28; Staci D. Kramer, «Shuttle Disaster Coverage Mixed, but Strong Overall», Online Journalism Review, 2 de febrero de 2003, disponible en el enlace #10.

Winer es optimista acerca del futuro del periodismo infectado por los blogs. «Se va a convertir en una capacidad esencial», predice Winer, para las figuras públicas y también crecientemente para figuras privadas. No está claro que el «periodismo» esté básicamente satisfecho con esto —a algunos periodistas les han dicho que corten tanto escribir para sus *blogs.*[23] Pero está claro que todavía estamos en la transición. «Gran parte de lo que estamos haciendo no es más que precalentamientos», me dijo Winer. Muchas cosas tienen todavía que madurar antes de que esta esfera tenga un efecto maduro. Y como la inclusión de contenidos en este espacio es el uso de Internet que menos viola las leyes (con lo que en realidad me refiero a las leyes del copyright), Winer dice que «será lo último que cierren».

Este discurso afecta a la democracia. Winer piensa que esto ocurre porque «no tienes que trabajar para alguien que te controla, no tienes que trabajar para alguien que se preocupa de quién cruza o no las puertas». Eso es verdad. Pero afecta a la democracia también de otra manera. Cuando cada vez más ciudadanos expresen lo que piensan y lo defiendan por escrito, esto afectará la forma en la que la gente entiende las cuestiones públicas. Si piensas tú solo es fácil confundirte e ir en la dirección equivocada. Es más difícil cuando el producto de lo que piensas puede recibir las críticas de los demás. Por supuesto, son pocos los seres humanos que admiten que los han convencido de que estaban equivocados. Pero es todavía más raro ignorar que te hayan demostrado que estabas equivocado. Escribir ideas, argumentos y críticas mejora la democracia. Hoy en día hay probablemente un par de millones de blogs en los que esta escritura tiene lugar. Cuando haya diez millones, habrá algo extraordinario sobre lo que informar.

JOHN SEELY BROWN es el científico principal de la Xerox Corporation. Su trabajo, tal y como describe su sitio web, es «el aprendizaje humano y [...] la creación de ecologías del conocimiento que creen [...] innovación».

---

[23] Véase Michael Falcone, «Does an Editor's Pencil Ruin a Web Log?» *New York Times*, 29 de septiembre de 2003, C4. («No todas las organizaciones de noticias han sido tan comprensivas con los empleados que tienen su blog. Kevin Sites, un corresponsal de la CNN en Irak que comenzó un blog sobre sus informaciones sobre la guerra el 9 de marzo, dejó de publicar doce días más tarde a petición de sus jefes. El año pasado, Steve Olafson, un reportero del *Houston Chronicle*, fue despedido por mantener un weblog personal, publicado bajo seudónimo, que trataba de algunos de los asuntos y las personas que estaba cubriendo»).

Brown, por lo tanto, observa estas tecnologías de creatividad digital desde una perspectiva un poco diferente a la que he descrito hasta ahora. Estoy seguro que él estaría entusiasmado con cualquier tecnología que pueda mejorar la democracia. Pero su verdadero entusiasmo viene de cómo estas tecnologías afectan al aprendizaje.

Tal y como cree Brown, aprendemos jugando, toqueteando cosas. Cuando «muchos de nosotros crecímos», explica, jugábamos a retocar «motores de motocicletas, de cortadoras de cesped, de automóvil o radios, o cualquier otra cosa». Pero las tecnologías digitales permiten otra versión de este proceso —con ideas abstractas aunque en una forma concreta. Los chavales de *Just Think!* no solamente piensan sobre la forma en la que un anuncio pinta a un político; usando tecnología digital, pueden desmontar el anuncio y manipularlo, jugar con él para ver cómo hace lo que hace. Las tecnologías digitales suponen el lanzamiento de un tipo de bricolaje, o de «collage libre», como lo llama Brown. Muchos llegan a añadir cosas o a transformar los juegos y retoques de mucha otra gente.

El mejor ejemplo a gran escala de este tipo de jugueteo con la tecnología es de lejos el software libre o el software de código abierto (FS/OSS en inglés). El FS/OSS es software cuyo código se comparte. Cualquiera puede descargar la tecnología que hace que se ejecute un programa en FS/OSS. Y cualquiera deseoso de aprender como funciona algún elemento de tecnología FS/OSS puede ponerse a jugar con el código.

Esta oportunidad crea una «plataforma de aprendizaje de un tipo completamente nuevo», según Brown. «En cuanto empiezas a hacer eso, [...] dejas suelto en la comunidad un collage libre, de manera que otra gente puede empezar a mirar tu código, toqueteándolo aquí y allá, probándolo, viendo si pueden mejorarlo». Cada esfuerzo es una forma de aprendizaje. «El software de código abierto es una plataforma de aprendizaje de la mayor importancia».

En este proceso, «las cosas concretas con las que juegas son abstractas. Son código». Los chavales están «cambiando a la capacidad de jugar y toquetear en abstracto, y esto no es ya una actividad aislada que desarrollas en un garaje. Estás jugando con una plataforma comunitaria [...] Estás toqueteando las cosas de otra gente. Cuanto más juegues, más mejoras». Cuanto más mejoras, más aprendes.

Lo mismo ocurre también con los contenidos. Y ocurre de la misma manera cooperativa cuando esos contenidos son parte de la Red. Tal y como lo describe Brown: «La Red [es] el primer medio que verdaderamente hace honor a múltiples formas de inteligencia». Tecnologías más tempranas, como la máquina de escribir o los procesadores de texto ayudaron a ampliar los textos. Pero la Red amplía mucho más que el texto. «La Red

[...] dice que si tienes vocación musical, artística, visual, si estás interesado en el cine [...] [entonces] hay muchas cosas que puedes empezar a hacer en este medio. Ahora puede ampliar y hacer honor a estas múltiples formas de inteligencia».

Brown está hablando de lo que enseñan Elizabeth Daley, Stephanie Barish y *Just Think!*: que jugar con la cultura enseña en la misma medida en que crea. Desarrolla los talentos de una manera distinta, y construye una forma de comprensión diferente.

Sin embargo la libertad para jugar y toquetear estos objetos no está garantizada. De hecho, como veremos a lo largo de este libro, esa libertad encuentra una creciente y fuerte oposición. Mientras que no hay duda que tu padre tenía derecho a ponerse a toquetear el motor del coche, hay muchas dudas sobre el hecho de que tu hijo pueda hacer lo mismo con las imágenes que encuentra a su alrededor. Las leyes y, cada vez más, la tecnología interfieren con una libertad que la tecnología y la curiosidad asegurarían en cualquier otro caso.

Estas restricciones se han convertido en el objeto de investigadores y estudiosos. El profesor Ed Felten de Princeton (del que veremos algo más en el capítulo 10) ha desarrollado un argumento convincente a favor del «derecho a jugar» tal y como se aplica en la informática y al conocimiento en general.[24] Pero la preocupación de Brown es anterior, o más joven, o más fundamental. Tiene que ver con el tipo de aprendizaje que los chavales pueden hacer, o no, debido a las leyes.

«A esto es a lo que se encamina la educación del siglo XXI», explica Brown. Tenemos que «entender cómo los chavales que crecen en un ambiente digital que los hace a ellos mismo digitales piensan y quieren aprender».

«Sin embargo», como continúa Brown y como mostrará este libro, «estamos construyendo un sistema legal que suprime por completo las tendencias de los chavales digitales de hoy en día. [...] Estamos construyendo una arquitectura que libera el 60% del cerebro y un sistema legal que cierra esa misma parte del cerebro».

Estamos creando una tecnología que toma la magia de Kodak, la mezcla con imágenes en movimiento y con sonido, y añade un espacio para el comentario y una oportunidad para difundir esa creatividad en cualquier lugar. Pero estamos construyendo unas leyes que clausuran esa tecnología.

---

24 Véase, por ejemplo, Edward Felten y Andrew Appel, «Technological Access Control Interferes with Noninfringing Scholarship», *Communications of the Association for Computer Machinery* 43 (2000), p. 9.

«Ésta no es forma de gestionar la cultura», como Brewster Kahle, a quien conoceremos en el capítulo 9, me soltó en un raro momento de desesperanza.

3. *Catálogos*

En el otoño del 2002, Jesse Jordan de Oceanside, Nueva York, se matriculó como estudiante de primer año en el Instituto Politécnico de Rensselaer (RPI en inglés), en Troy, Nueva York. Su especialización en el RPI fue la de tecnologías informáticas. Aunque no es programador, en octubre Jesse decidió empezar a jugar con la tecnología de búsquedas que estaba disponible en la red del RPI.

El RPI es una de las principales instituciones de investigación tecnológica de los EE.UU. Ofrece titulaciones en campos que van desde la arquitectura y la ingeniería hasta las ciencias informáticas. Más de un 65 % de sus cinco mil estudiantes habían acabado entre el 10 % con mejores notas de sus promociones en la escuela secundaria. Esta escuela politécnica es por tanto una mezcla perfecta de talento y experiencia para primero imaginar y después construir una generación de la era de las redes.

La red de ordenadores del RPI conecta entre sí a estudiantes, profesores y administrativos. También conecta al RPI con Internet. No todo lo que está disponible en la red del RPI está disponible en Internet. Pero la red está diseñada para permitir que los estudiantes accedan a Internet, igual que para acceder de un modo más privado a otros miembros de la comunidad del RPI.

Los buscadores son una medida de la intimidad de una red. Google nos acercó Internet mucho más a todos nosotros al mejorar de una forma fantástica la calidad de las búsquedas en la Red los buscadores especializados pueden hacerlo aún mejor. El concepto de buscadores de «intranets», buscadores que buscan dentro de la red de una determinada institución, es proporcionar a los usuarios de esa institución un mejor acceso a materiales de esa institución. Las empresas lo hacen todo el tiempo, permitiendo que sus empleados tengan acceso a materiales que la gente fuera de la empresa no puede conseguir. Las universidades también.

La propia tecnología de estas redes permite estos motores de búsqueda. Microsoft, por ejemplo, tiene un sistema de red para sus archivos que hace que sea muy fácil que los buscadores sintonizados con esa red examinen el sistema en busca de los contenidos disponibles públicamente (dentro de esa red). Jesse construyó su buscador para aprovechar esta tecnología. Usó el sistema de red de archivos para construir un índice de todos los archivos disponibles en la red del RPI.

El de Jesse no era el primer motor de búsqueda construído para la red del RPI. De hecho, su buscador era una simple modificación de buscadores que otros habían producido anteriormente. En particular, su mejora más importante con respecto a los otros fue arreglar un error en el sistema de intercambio de ficheros de Microsoft que podía hacer que el ordenador de un usuario se colgara. Con los buscadores que había antes, si tratabas de acceder a un fichero a través de un buscador de Windows que estuviera en un ordenador desconectado, tu ordenador se podía colgar. Jesse modificó el sistema un poco para arreglar este problema, al añadirle un botón que el usuario podía pulsar con el ratón para ver si la máquina que contenía el fichero estaba todavía conectada.

Jesse colgó su buscador en la red a finales de octubre. Durante los seis meses siguientes continuó retocándolo para mejorar sus funciones. Para marzo, el sistema funcionaba bastante bien. Jesse tenía más de un millón de archivos en su directorio, incluyendo cualquier tipo de contenido que pudiera estar en los archivos de los usuarios.

De esta manera, el índice generado por su buscador incluía imágenes, que los estudiantes habían puesto en sus propias páginas; copias de apuntes o de notas de investigación; copias de folletos informativos; cortos de cine creados por los estudiantes; folletos de la universidad —básicamente cualquier cosa que los usuarios ponían a disposición de la comunidad al ponerlos en una carpeta pública en su ordenador.

Pero el índice también incluía archivos musicales. De hecho, un cuarto de los archivos en el listado del buscador de Jesse era archivos musicales. Pero eso significa, por supuesto, que tres cuartos no lo eran, y que —para dejar este punto perfectamente claro— Jesse no hacía nada para inducir a la gente a que los pusiera en su carpeta pública. Era sólo un chaval que trasteaba con una tecnología similar a la de Google en una universidad en la que estaba estudiando informática y en la que, por lo tanto, la meta era trastear con la tecnología. A diferencia de Google, o de Microsoft por lo que a esto respecta, no ganaba dinero alguno gracias a esto; no estaba conectado con ninguna empresa que pudiera ganar dinero con este experimento. Era un chaval que trasteaba con la tecnología en un entorno en el que se suponía que era precisamente eso lo que tenía que hacer.

El tres de abril del 2003, el decano de estudiantes del RPI se puso en contacto con Jesse. El decano informó a Jesse que la Asociación de la Industria Discográfica de EE.UU. (RIAA en inglés) iba a presentar una demanda contra él y otros tres estudiantes a los que él ni siquiera conocía, dos de ellos de otra universidad. Unas horas más tarde, a Jesse le llegaron los papeles de la demanda. Mientras leía esos papeles y veía los reportajes en la prensa sobre ellos, se fue quedando cada vez más asombrado.

«Era absurdo», me contó, «no creo que hiciera nada malo. [...] No creo que haya nada malo en el buscador que administraba o [...] en lo que le había hecho. Quiero decir, no lo había modificado de ninguna manera que promoviera o facilitara el trabajo de los piratas. Sólo lo modifiqué de una manera que hacía más fácil su uso» —repito, un *buscador*, que el mismo Jesse no había construido, usando el sistema de intercambio de archivos de Windows, que el mismo Jesse no había construido, para permitir que los miembros de la comunidad del RPI accedieran a contenidos, que el mismo Jesse no había ni creado ni publicado, y que en su inmensa mayoría no tenían nada que ver con la música.

Pero la RIAA lo estigmatizó llamándolo pirata. Afirmaron que gestionaba una red y que por tanto había violado «voluntariamente» las leyes del copyright. Exigieron que les pagara los daños causados por sus malas acciones. Para casos de «violaciones voluntarias» la Ley de Copyright especifica algo que los abogados llaman «daños estatutarios».[1] Estas indemnizaciones permiten que el dueño de un copyright reclame 150.000 dólares por cada violación. Como la RIAA alegó más de cien violaciones específicas de copyright, exigieron que Jesse les pagara al menos quince millones de dólares.

Demandas semejantes fueron presentadas contra otros tres estudiantes: otro estudiante del RPI, uno de la Universidad Técnica de Michigan y uno de Princeton. La situación de cada uno era similar a la de Jesse. Aunque cada caso era diferente en los detalles, en el fondo todos eran exactamente lo mismo: enormes demandas por «daños» a los que la RIAA afirmaba tener derecho. Si las sumábamos, estas cuatro demandas les estaban pidiendo a los tribunales de los EE.UU. que les concedieran a los demandantes algo así como 100.000 millones de dólares —seis veces el beneficio total de la industria del cine en 2001.[2]

Jesse llamó a sus padres. Lo apoyaron pero estaban un tanto asustados. Su tío era abogado. Empezó a negociar con la RIAA. Exigieron saber cuánto dinero tenía Jesse. Jesse había ahorrado doce mil dólares gracias a trabajos veraniegos y otros empleos. Exigieron doce mil dólares para olvidarse del caso.

---

[1] Los abogados [de los EE.UU.] llaman «statutons damages» a las indemnizaciones tasadas [*N. del E.*].

[2] Tim Goral, «Recording Industry Goes After Campus P-2-P Networks: Suit Alleges $97.8 Billion in Damages», *Professional Media Group* LCC 6 (2003), p. 5, disponible en 2003 WL 55179443.

La RIAA quería que Jesse admitiera que había hecho algo malo. Se negó. Querían que estuviera de acuerdo con un mandato judicial que básicamente haría imposible que trabajara en muchos campos tecnológicos durante el resto de su vida. Se negó. Le hicieron comprender que el proceso de ser demandado no iba a ser agradable. (Como me contó el padre de Jesse, el abogado a cargo del caso, Matt Oppenheimer le dijo a Jesse: «No querrás hacerle otra visita a un dentista como yo»). Y en todo momento la RIAA insistió en que no dejaría el caso hasta que no se quedará con el último centavo que Jesse había ahorrado.

La familia de Jesse estaba indignada ante estas demandas. Quería pelear. Pero el tío de Jesse se esforzó en educar a la familia sobre la naturaleza del sistema legal estadounidense. Jesse podía luchar contra la RIAA. Quizás hasta podría ganar. Pero el coste de luchar contra una demanda como ésta, le dijeron a Jesse, podía ser al menos de 250.000 dólares. Si ganaba, no recobraría ese dinero. Si ganaba, tendría un trozo de papel diciendo que había ganado, y otro trozo de papel diciendo que él y su familia estaban en bancarrota.

Así que Jesse se enfrentaba a una elección de tipo mafioso: 250.000 dólares y la oportunidad de ganar, o doce mil dólares y un acuerdo.

La industria musical insistía en que era una cuestión legal y moral. Dejemos las leyes a un lado y centrémonos en la moral. ¿Dónde está la moral en una demanda así? ¿Cuál es la virtud de escoger chivos expiatorios? La RIAA es un lobby extraordinariamente poderoso. Se dice que el presidente de la RIAA gana más de un millón de dólares al año. Los artistas, por otra parte, no están bien pagados. El músico con contrato discográfico medio gana 45.900 dólares.[3] Hay muchas formas en las que la RIAA puede afectar y dirigir la política. ¿Así que dónde está la moral en tomar dinero de un estudiante por hacer funcionar un buscador?[4] El 23 de junio Jesse le envió un giro postal con todo su dinero a un abogado que trabajaba para la RIAA. El caso contra él fue desestimado. Y con esto, este chaval que había jugado con un ordenador hasta meterse en una demanda por quince millones de dólares se convirtió en un activista:

> Decididamente [antes] no era un activista. En realidad nunca pretendí ser un activista.[...] [Pero] me han empujado a esto. Nunca habría podido preveer algo así, pero creo que es completamente absurdo lo que ha hecho la RIAA.

---

3 Encuesta del empleo ocupacional, U.S. Dept. of Labor (2001) (27-2042 —Musicians and Singers). Véase también National Endowment for the Arts, *More Than One in a Blue Moon* (2000).

4 Douglas Lichtman expresa una idea relacionada en «KaZaA and Punishment», *Wall Street Journal*, 10 de septiembre de 2003, A24.

Los padres de Jesse revelan un cierto orgullo por su activista reticente. Como me contó su padre, Jesse «se considera a sí mismo muy conservador, igual que yo [...] No es un idealista comeflores. [...] Creo que es muy extraño que fueran a por él. Pero quiere que la gente sepa que le están transmitiendo el mensaje equivocado. Y quiere corregir la historia».

4. «Piratas»

SI LA «PIRATERÍA» significa usar la propiedad creativa de otros sin su permiso —si es verdad lo de «si hay valor, hay derecho»— entonces la historia de la industria de contenidos es una historia de piratería. Cada uno de los sectores importantes de los «conglomerados de medios» de hoy en día —el cine, los discos, la radio y la televisión por cable— nació de una forma de piratería, si es así como la definimos. La historia, que se repite sistemáticamente, consiste en que la última generación de piratas se hace miembro del club de los privilegiados en esa generación —hasta ahora.

Cine

La industria del cine de Hollywood fue construida por piratas en fuga.[1] Muchos creadores y directores emigraron desde la costa este a California a principios del siglo XX, en buena medida para escapar de los controles de las patentes concedidas al inventor del cine, Thomas Edison. Estos controles se ejercían por medio de un «trust» de monopolio, la Compañía de Patentes de Películas (MPPC en inglés), y estaban basados en la propiedad creativa de Thomas Edison —estaban basados en patentes. Edison formó la MPPC para ejercer los derechos que le daba esta propiedad creativa; la MPPC era estricta en cuanto a los controles que exigía. Siguiendo a un comentarista que cuenta parte de la historia:

---

[1] Quiero darle las gracias a Peter DiMauro por dirigirme a esta historia extraordinaria. Véase también Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 87-93, que detalla las «aventuras» de Edison con el copyright y las patentes.

> Se había fijado la fecha límite de enero de 1909 para que todas las compañías cumplieran con la licencia. Llegado febrero, los proscritos sin licencia, que se llamaban a sí mismos los independientes, protestaron contra el trust y siguieron con su negocio sin someterse al monopolio de Edison. En el verano de 1909 el movimiento independiente estaba en su punto álgido, con productores y dueños de cines que usaban equipo ilegal y celuloide importado para crear su propio mercado underground.
>
> Con el país atravesando una tremenda expansión en el número de cines, la Compañía de Patentes reaccionó contra el movimiento independiente creando una malencarada empresa subsidiaria, conocida como la Compañía General del Cine, con el fin de bloquear la entrada de independientes sin licencia. Con tácticas de coacción que se han hecho legendarias, la subsidiaria confiscó equipo ilegal, suspendió la continuidad del suministro de producto a los cines que mostraban películas sin licencia y, de hecho, monopolizó la distribución con la adquisición de todos los sectores del mercado estadounidense de películas, excepto uno, que era propiedad del independiente William Fox, y que desafió al Trust incluso después de que su licencia fuera revocada.[2]

Los Napsters de aquel tiempo, los «independientes», eran compañías como la Fox. E igual que hoy, esos independientes encontraron una fuerte resistencia. «Se interrumpieron las filmaciones con el robo de la maquinaria, y con frecuencia ocurrían "accidentes" que acababan con la pérdida de negativos, equipo, edificios y a veces con la integridad física».[3] Esto condujo a que los independientes huyeran de la costa este. California estaba suficientemente lejos del alcance de Edison para que allí los cineastas pudieran piratear sus inventos sin miedo a la ley. Y esto es simplemente lo que hicieron los líderes de la industria del cine de Hollywood, con Fox a la cabeza.

Por supuesto, California creció rápidamente y el cumplimiento efectivo de las leyes finalmente se expandió hasta el oeste. Pero como las patentes les concedían a sus dueños un monopolio verdaderamente «limitado» (sólo diecisiete años en aquella época), para cuando aparecieron suficientes policías federales, las patentes ya habían expirado. Una nueva industria había nacido, en parte a partir de la piratería de la propiedad creativa de Edison.

---

2 J. A. Aberdeen, *Hollywood Renegades: The Society of Independent Motion Picture Producers* (Cobblestone Entertainment, 2000) y textos expandidos publicados en «The Edison Movie Monopoly: The Motion Picture Patents Company vs. the Independent Outlaws», disponible en el enlace #11. Para una discusión sobre los motivos económicos, tanto detrás de estos límites como de los impuestos por Victor a los fonógrafos, véase Randal C. Picker, «From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright» (septiembre de 2002), University of Chicago Law School, James M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No. 159.

3 Marc Wanamaker, «The First Studios», *The Silents Majority*, archivado en el enlace #12.

Música grabada

La industria discográfica nació de otra forma de piratería, aunque para ver cómo ocurrió esto, es preciso hablar un poco más en detalle sobre la forma en la que las leyes regulan la música.

En la época en la que Edison y Henri Fourneaux inventaron máquinas para reproducir música (Edison el fonógrafo, Fourneaux la pianola), las leyes otorgaban a los compositores el derecho exclusivo a controlar las copias de su música y el derecho exclusivo a controlar los conciertos públicos de sus obras. En otras palabras, en 1900, si yo quería una copia del éxito de 1899 «Happy Mose», de Phil Russel, las leyes establecían que tendría que pagar por el derecho de obtener una copia de la partitura y también que tendría que pagar por el derecho a tocarla en público.

Pero ¿y si yo quería grabar «Happy Mose», usando el fonógrafo de Edison o la pianola de Fourneaux? Ahí la ley pegaba un tropezón. Estaba suficientemente claro que tendría que comprar una copia de la partitura que yo interpretaría para hacer este disco. Y estaba suficientemente claro que tendría que pagar por todos los conciertos públicos de esa pieza. Pero no estaba completamente claro que yo tuviera que pagar por «una interpretación pública» si grababa la canción en mi propia casa (incluso hoy día no les debes nada a los Beatles si cantas sus canciones en la ducha), o si grababa la canción de memoria (las copias en tu cerebro no están reguladas —todavía— por las leyes del copyright). Así que si sencillamente cantaba la canción delante de una grabadora en la intimidad de mi propia casa, no estaba claro que yo le debiera nada al compositor si luego hacía copias de esas grabaciones. Entonces, gracias a este agujero en las leyes, podía piratear de hecho una canción de otro sin pagarle nada a su creador.

Los compositores (y los editores) no estaban muy contentos con esta capacidad para piratear. Tal y como lo definió Alfred Kittredge, senador de Dakota del Sur:

> Imaginen la injusticia. Un compositor escribe una canción o una ópera. Un editor compra a un alto precio los derechos y le aplica el copyright. En esto, llegan las compañías fonográficas y las compañías que hacen rollos de música y roban deliberadamente el trabajo mental del compositor y el editor sin el más mínimo respeto por [sus] derechos.[4]

---

4 To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright: Hearings on S. 6330 and H.R. 19853 Before the (Joint) Committees on Patents, 59th Cong. 59, 1st sess. (1906) (declaración del senador Alfred B. Kittedge, de Dakota del Sur, presidente), reimpreso en *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski y Abe Goldman, eds. (South Hack- ensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).

Los innovadores que desarrollaron la tecnología para grabar las obras de otra gente estaban «absorbiendo como esponjas el esfuerzo, el trabajo, el talento y el genio de los compositores estadounidenses»,[5] y «la industria de las editoriales musicales» estaba por lo tanto «a completa merced de estos piratas».[6] Como explicó John Philip Sousa, de la manera más directa posible: «Cuando ganan dinero con mis obras, yo quiero una parte».[7]

Estos argumentos suenan familiares en las guerras de hoy en día. Igual que también los argumentos del otro bando. Los innovadores que desarrollaron la pianola argumentaban que «se puede demostrar perfectamente que la introducción de pianolas no ha privado a ningún compositor de nada que no tuviera antes de dicha introducción». Antes bien, las máquinas incrementaban las ventas de partituras.[8] En cualquier caso, argumentaban los innovadores, la tarea del Congreso era «considerar antes que nada los intereses del [público], al que representa y sirve». «Toda esa charla sobre el "robo"», escribió el consejo general de la American Gramophone Company, «no son mas que bobadas, porque no existe ninguna propiedad sobre ideas musicales, literarias o artísticas, excepto las que se definen por ley».[9]

Las leyes resolvieron pronto esta batalla en favor del compositor y el artista que grabase. El Congreso enmendó las leyes para asegurar que se pagara a los compositores por las «reproducciones mecánicas» de su música. Pero en lugar, de concederle simplemente al compositor un control completo sobre el derecho a hacer reproducciones mecánicas, el Congreso le dio al artista que grabase sus obras, el derecho a realizar esta grabación a un precio fijado por el Congreso, una vez que el compositor hubiera permitido que se grabara una vez. Ésta es la parte de la ley de copyright que hace posible las versiones. Una vez que un compositor autoriza una grabación de una obra, cualquier otro tiene la libertad de grabar la misma canción, siempre que le pague al compositor original una tarifa fijada por la ley.

---

5 To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 223 (declaración de Nathan Burkan, abogado de la Music Publishers Association).

6 To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 226 (declaración de Nathan Burkan, abogado de la Music Publishers Association).

7 To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 23 (declaración de John Philip Sousa, compositor).

8 To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 283-84 (declaración de Albert Walker, representante de la Auto-Music Perforating Company of New York).

9 To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 376 (memorandum preparado por Philip Mauro, consejo general de patentes de la American Graphophone Company Association).

El derecho estadounidense lo llama «licencia obligatoria», pero yo me voy a referir a esto como «licencia estatutaria». Una licencia estatutaria es una licencia cuyos términos fundamentales están fijados por la ley. Después de la enmienda del Congreso de la Ley del Copyright en 1909, las discográficas tenían la libertad de distribuir copias de grabaciones en la medida en que pagaran al compositor (o al dueño del copyright) la tarifa fijada por ley.

Ésta es una excepción en las leyes del copyright. Cuando John Grisham escribe una novela, un editor tiene la libertad de publicar esa novela sólo si Grisham le da permiso. Grisham, a su vez, tiene la libertad de cobrar lo que quiera por este permiso. Por lo tanto, el precio de publicar a Grisham lo fija el propio Grisham, y las leyes del copyright habitualmente dictan que no tienes permiso para usar la obra de Grisham salvo con su permiso.

Pero la ley que gobierna las grabaciones da menos a los artistas que graban. Y de esta forma, de hecho, la ley ofrece *subsidios* a la industria discográfica por medio de una surte de piratería —al darle a los artistas que graban un derecho más débil que el que le concede a otros creativos. Los Beatles tenían menos control sobre su obra creativa que el que tiene Grisham. Y los beneficiarios de este control reducido son las discográficas y el público. La industria discográfica obtiene beneficios por menos de lo que pagaría si las cosas fuesen de otra forma; el público obtiene el acceso a un espectro mucho más amplio de la creatividad musical. En realidad, el Congreso fue muy explícito acerca de sus razones para conceder este derecho. Su preocupación estaba en el poder del monopolio de los dueños de derechos, y a que ese poder asfixiara la creatividad posterior.[10]

Mientras que la industria discográfica ha estado últimamente muy calladita acerca de esto, históricamente ha sido una fuerte defensora de la licencia estatutaria para los discos. Como cuenta un informe de 1967 del Comité Judicial del Congreso:

> Los fabricantes de discos defendieron vigorosamente que se mantuviera el sistema de licencia obligatoria. Afirmaron que la industria discográfica es un negocio de quinientos mil millones de dólares con una gran importancia en EE.UU. y en todo el mundo; que los discos hoy en día son el medio principal para diseminar la música, y que esto crea problemas especiales, ya que los intérpretes precisan un acceso sin trabas a materiales musicales en términos no discriminatorios.

---

10 Copyright Law Revision: Hearings on S. 2499, S. 2900, H.R. 243, y H.R. 11794 Before the (Joint) Committee on Patents, 60th Cong., 1st sess., 217 (1908) (declaración del senador Reed Smoot, presidente), reimpreso en *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski y Abe Goldman, eds. (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976).

> Históricamente, apuntaron los fabricantes de discos, no había derechos de grabación antes de 1909 y el estatuto de 1909 adoptó la licencia obligatoria como una condición deliberadamente antimonopolio para conceder esos derechos. Argumentan que el resultado ha sido una inundación de música grabada, con el resultado de que se le ha dado al público precios más bajos, mejor calidad y una selección más amplia.[11]

Limitando los derechos que tienen los músicos, pirateando parcialmente su obra creativa, los fabricantes de discos y el público se benefician.

Radio

La radio también nació de la piratería.

Cuando una emisora de radio reproduce un disco en antena constituye una «comunicación pública» de la obra del autor.[12] Como ya describí, la ley otorga al compositor (o al dueño del copyright) un derecho exclusivo sobre las interpretaciones en público de su obra. La emisora de radio debe, por lo tanto, dinero al compositor por esa interpretación.

Pero cuando la estación de radio ejecuta un disco, no está solamente interpretando una copia de la obra del compositor. La emisora está también interpretando una copia de la obra del artista que ha grabado esa canción. Una cosa es tener «Cumpleaños feliz» cantado por el coro infantil de tu pueblo; otra muy distinta es tenerlo cantado por los Rolling Stones o Lyle Lovett. El artista que graba añade algo al valor de la composición difundida por la emisora. Y si la ley fuera perfectamente sistemática, tendría que pagar al artista por su obra, de la misma manera que paga al compositor de la melodía por su trabajo.

---

11 Copyright Law Revision: Report to Accompany H.R. 2512, House Committee on the Judiciary, 90th Cong., 1st sess., House Document no. 83, 66 (8 March 1967). Le agradezco a Glenn Brown haberme llamado la atención sobre este informe.

12 Véase 17 *United States Code*, secciones 106 and 110. Al principio, las discográficas imprimían «no licenciado para emisión radiofónica» y otros mensajes con el propósito de restringir la capacidad de ejecutar un disco en una emisora de radio. El juez Learned Hard rechazó el argumento de que un aviso pegado en un disco podía restringir los derechos de la emisora. Véase *RCA Manufacturing Co. contra Whiteman*, 114 F. 2d 86 (2nd Cir. 1940). Véase también Randal C. Picker, «From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright», *University of Chicago Law Review* 70 (2003), p. 281.

Pero no lo hace. Bajo las leyes que gobiernan las interpretaciones radiofónicas, la emisora de radio no tiene que pagar al artista que graba. La estación solamente paga al compositor. La estación de radio consigue así algo a cambio de nada. Logra interpretar gratis la obra del artista que graba la canción, incluso si debe pagarle algo al compositor a cambio del derecho de tocar la canción.*

Esta diferencia puede ser enorme. Imagínate que compones una pieza musical. Imagínate que es tu primera obra. Eres el dueño del derecho exclusivo a autorizar interpretaciones en público de esa obra. Así que si Madonna quiere cantar tu canción en público, tiene que obtener tu permiso.

Imagínate que canta tu canción, e imagínate que le encanta. Entonces decide grabar tu canción y se convierte en un gran éxito. Bajo nuestras leyes, cada vez que una estación de radio toca tu canción recibes dinero. Pero Madonna no consigue nada, salvo el efecto indirecto en las ventas de sus CDs. La interpretación pública de su grabación no es un derecho «protegido». La estación de radio logra piratear así el valor del trabajo de Madonna sin pagarle nada.

Sin duda uno podría argumentar que, después de todo, los artistas que graban se benefician. De media, la promoción que obtienen vale más que los derechos de interpretación a los que renuncian. Tal vez. Pero incluso si esto es efectivamente así, las leyes habitualmente otorgan al creador el derecho a escoger. Al tomar decisiones por él, la ley le ofrece a la emisora el derecho a tomar algo a cambio de nada.

Televisión por cable

La televisión por cable también nació como un tipo de piratería.

Cuando los empresarios del cable empezaron por primera vez a cablear comunidades en 1948, la mayoría de ellos se negaron a pagar a las emisoras en abierto los contenidos que repetían para sus clientes. Incluso cuando las compañías de cable empezaron a vender acceso a emisiones de televisión, se negaron a pagar por lo que vendían. Las compañías de cable estaban así aplicando el modelo de Napster a los contenidos de las emisoras en abierto, pero de una forma más infame que cualquier cosa que haya hecho Napster —Napster nunca cobró por los contenidos que permitía que otros regalaran.

---

* De nuevo Lessig habla sobre la legislación Norteamericana. En España, los intérpretes si que son acreedores de derechos.

Las emisoras y los dueños del copyright se dieron prisa en atacar este robo. Rosel Hyde, director de la FCC, veía esta práctica como una forma de «competencia desleal y potencialmente destructiva».[13] Puede que hubiera un «interés público» en difundir el alcance de la televisión por cable, pero como Douglas Anello, consejero general para la National Association of Broadcasters, le pregunto al senador Quentin Burdick durante su testimonio: «¿Es que el interés público dicta que uses la propiedad de otros?»[14] Como el directivo de otra emisora explicó:

> Lo extraordinario del negocio de la CATV es que es el único negocio que conozco en el que no han pagado por el producto que venden.[15]

De nuevo, las exigencias de los dueños de copyright parecían bastante razonables:

> Estamos pidiendo algo muy sencillo, que la gente que ahora toma nuestra propiedad pague por ella. Estamos intentando detener la piratería y no creo que haya ninguna palabra más suave para describirlo. Creo que hay palabras más duras que encajarían perfectamente.[16]

Esta gente era «gente que viaja gratis», dijo Charlton Heston, presidente del Sindicato de Actores Cinematográficoss, gente que «estaba privando a los actores de una compensación».[17]

Pero, de nuevo, había otro bando en este debate. Tal y como lo explicó Edwin Zimmerman, ayudante del fiscal general:

> Aquí nuestro argumento es que a diferencia del problema de si tienes en absoluto alguna protección de copyright o no, aquí el problema es si a los dueños de copyright a los que ya se compensa, que ya tienen un monopolio, se les debería

---

13 Copyright Law Revision—CATV: Hearing on S. 1006 Before the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Senate Committee on the Judiciary, 89th Cong., 2nd sess., 78 (1966) (declaración de Rosel H. Hyde, presidente de la Federal Communications Commission).

14 Copyright Law Revision—CATV, 116 (declaración de Douglas A. Anello, consejo general de la National Association of Broadcasters).

15 Copyright Law Revision—CATV, 126 (declaración de Ernest W. Jennes, consejo general de la Association of Maximum Service Telecasters, Inc.).

16 Copyright Law Revision—CATV, 169 (declaración conjunta de Arthur B. Krim, presidente de United Artists Corp., y John Sinn, presidente de United Artists Television, Inc.).

17 Copyright Law Revision—CATV, 209 (declaración de Charlton Heston, presidente del Screen Actors Guild).

> permitir que extiendan ese monopolio. [...] Aquí la cuestión es cuánta compensación deberían tener y hasta qué momento podrían remontarse al exigir su derecho a una compensación.[18]

Los dueños de copyright llevaron a las compañías de cable a los tribunales. En dos ocasiones el Tribunal Supremo mantuvo que las compañías de cable no les debían nada a los dueños del copyright.

El Congreso tardó casi treinta años en decidir si las compañías de cable tenían que pagar por los contenidos que «pirateaban». Al final, el Congreso resolvió esta cuestión de la misma manera que resolvió la cuestión de los tocadiscos y las pianolas. Sí, las compañías de cable tendrían que pagar por los contenidos que emitían; pero el precio que tendrían que pagar no sería fijado por el dueño del copyright. El precio sería fijado por ley, de manera que las emisoras en abierto no ejercieran un poder de veto sobre la tecnología emergente del cable. Las compañías de cable construyeron así su imperio en parte sobre la «piratería» del valor creado por los contenidos de las emisoras en abierto.

ESTAS HISTORIAS SEPARADAS entonan la misma canción. Si la «piratería» significa usar algo del valor de la propiedad creativa de otro sin su permiso —tal y como se describe cada vez más hoy en día[19]— entonces todas las industrias afectadas por el copyright hoy en día son el producto o la beneficiaria de algún tipo de piratería. El cine, los discos, la radio, la televisión por cable... La lista es larga y bien podría expandirse. Cada generación le da la bienvenida a los piratas del pasado. Cada generación —hasta ahora.

---

18 Copyright Law Revision—CATV, 216 (declaración de Edwin M. Zimmerman, actuando como ayudante del fiscal general).

19 Véase, por ejemplo, National Music Publisher's Association, *The Engine of Free Expression: Copyright on the Internet—The Myth of Free Information*, disponible en el enlace #13. «La amenaza de la piratería — el uso de la obra creativa de otro sin permiso o compensación— ha crecido con Internet».

5. «*Piratería*»

Hay piratería de materiales con copyright. Un montón. Esta piratería tiene muchas formas. La más importante es la piratería comercial, la toma no autorizada de los contenidos de otra gente dentro de un contexto comercial. A pesar de todas las justificaciones que se ofrecen en su defensa, está mal. Nadie debería aprobarla y las leyes deberían acabar con ella.

Pero igual que hay una piratería que copia para el mercado, también hay otra manera de «tomar» cosas que está relacionada más directamente con Internet. Esto también le parece algo malo a mucha gente, y efectivamente es malo en muchas ocasiones. Sin embargo, antes de que describamos este fenómeno como «piratería», tenemos que comprender su naturaleza un poco mejor. Porque el daño que causa es significativamente más ambiguo que la mera copia, y las leyes deberían tomar en cuenta esta ambigüedad, tal y como tantas veces se ha hecho en el pasado.

Piratería I

Por todo el mundo, pero especialmente en Asia y en Europa Oriental, hay empresas que no hacen nada salvo tomar los contenidos con copyright de otra gente, copiarlos y venderlos —todo esto sin el permiso del dueño del copyright. La industria discográfica estima que pierde 4.600 mil millones de dólares cada año por la piratería física[1] (eso resulta ser uno de cada tres

[1] Véase IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), *The Recording Industry Commercial Piracy Report 2003*, julio de 2003, disponible en el enlace #14. Véase también Ben Hunt, «Companies Warned on Music Piracy Risk», Financial Times, 14 de febrero de 2003, p. 11.

CDs que se venden en el mundo). La MPAA calcula que pierde tres mil millones de dólares anualmente por la piratería.

Esto es piratería pura y dura. Nada en los argumentos de este libro, ni en los argumentos que la mayoría de la gente formula cuando habla de las cuestiones referidas en este libro, debería poner en duda esta simple idea: esta piratería está mal.

Lo cual no significa que no se puedan ofrecer excusas y justificaciones en favor de ella. Podríamos, por ejemplo, acordarnos de que durante el primer siglo de la historia de los EE.UU. no se reconocieron los derechos de los copyrights extranjeros. Nacimos, en este sentido, como una nación de piratas. Parecería hipócrita, por lo tanto, insistir demasiado en que otros países en vías de desarrollo hacen algo malo cuando durante el primer siglo de nuestra historia esto mismo nos pareció que estaba bien.

Esta excusa no es demasiado convincente. Técnicamente, nuestras leyes no prohibían tomar obras extranjeras. Se limitaban explícitamente a las obras estadounidenses. Así, los editores estadounidenses que publicaban obras extranjeras sin el permiso de los autores extranjeros no estaban violando ninguna regla. Las fábricas de copias en Asia, por el contrario, sí están violando las leyes asiáticas. Las leyes asiáticas protegen los copyrights extranjeros, y las acciones de estas fábricas violan estas leyes. De manera que el mal en lo que hacen no es solamente un mal moral, sino también un mal legal, y no sólo de acuerdo con las leyes internacionales, sino también con las locales.

Sí, es verdad que esas leyes locales han sido impuestas a estos países. Ningún país puede ser parte de la economía mundial y decidir no proteger el copyright a escala internacional. Puede que hayamos nacido como una nación de piratas, pero no le permitiremos a ningún otro país que tenga una infancia semejante.

Si un país ha de ser tratado como una entidad soberana, sin embargo, sus leyes son sus leyes sin que importen sus fuentes. El derecho internacional bajo el que viven estas naciones les da algunas oportunidades para escapar de las cargas de la propiedad intelectual.[2] En mi opinión, más países en vías

2 Véase Peter Drahos con John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, Nueva York, The New Press, 2003, pp. 10-13 y 209. El acuerdo sobre los Aspectos Relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual (TRIPS en inglés) obliga a las naciones miembro a crear mecanismos administrativos y punitivos en relación a los derechos de propiedad intelectual, una propuesta que resulta costosa para los países en vías de desarrollo. Además, los derechos de patentes pueden dar lugar a precios más altos en industrias básicas como la agricultura. Los críticos de los TRIPS cuestionan la disparidad entre las cargas impuestas a los países en vías de desarrollo y los beneficios conferidos a los países

de desarrollo deberían aprovecharse de esa oportunidad, pero cuando no lo hacen, entonces hay que respetar sus leyes. Y según las leyes de estos países, la piratería está mal.

Alternativamente, podríamos intentar disculpar esta piratería señalando que, en cualquier caso, no le hace ningún daño a la industria. Los chinos que pueden acceder a CDs estadounidenses a cincuenta centavos la copia no es gente que los habría comprado a quince dólares. Así que en realidad nadie gana menos dinero del que ganaría de ser otra la situación.[3]

Esto es a menudo verdad (aunque tengo amigos que han comprado muchos miles de DVDs pirateados que ciertamente tienen dinero suficiente como para pagar por los contenidos que han tomado), y mitiga hasta cierto punto el daño causado. A los extremistas en este debate les encanta decir que «tú no irías a Barnes & Noble a llevarte un libro de las estanterías sin pagarlo; ¿por qué esto va a ser diferente con la música en Internet?» La diferencia, por supuesto, es que cuando te llevas un libro de Barnes & Noble tienen un libro menos para vender. Por el contrario, cuando tomas un MP3 de una red digital no hay un CD menos para vender. La reglas de la física de la piratería de lo intangible son diferentes de la física de la piratería de lo tangible.

Este argumento es todavía muy débil. Sin embargo, aunque el copyright es un derecho de propiedad de un tipo muy especial, es un derecho de propiedad. Como todos los derechos de propiedad, el copyright otorga a su dueño el derecho a decidir los términos bajo los cuales se comparten los contenidos. Si el dueño del copyright decide no vender, no tiene por qué hacerlo. Hay excepciones: importantes licencias estatutarias que se aplican a contenidos con copyright sin que importen los deseos del dueño del copyright. Estas licencias le ofrecen a la gente el derecho a «tomar» materiales con copyright sin que importe si el dueño del copyright quiera o no vender. Pero allí donde la ley no le ofrece a la gente el derecho a tomar contenidos, está mal tomar esos contenidos incluso si ese mal no hace daño

---

industrializados. Los TRIPS permiten que los gobiernos empleen patentes para usos públicos y no comerciales sin obtener previamente el permiso de los dueños de la patente. Las naciones en vías de desarrollo pueden hacer uso de esta cláusula para recibir los beneficios de las patentes extranjeras a precios más bajos. Ésta es una estrategia prometedora para estos países dentro del marco de los TRIPS.

[3] Para un análisis del impacto económico de la tecnología de copia, véase Stan Liebowitz, *Rethinking the Network Economy*, Nueva York, Amacom, 2002, pp. 144-90. «En algunas instancias [...] el impacto de la piratería en la capacidad del dueño del copyright para obtener el valor de la obra será insignificante. Un ejemplo obvio es el caso en el que el individuo que se involucra en la piratería no habría comprado un original incluso si la piratería no hubiera sido una opción». *Ibidem*, p. 149.

alguno. Si tenemos un sistema de propiedad, y ese sistema está apropiadamente diseñado, entonces está mal tomar una propiedad sin permiso de su propietario. Esto es precisamente lo que significa «propiedad».

Finalmente, podríamos intentar disculpar esta piratería con el argumento de que ayuda en realidad al dueño del copyright. Cuando los chinos «roban» Windows, eso hace que los chinos dependan de Microsoft. Microsoft pierde el valor del software que ha tomado, pero gana usuarios que se acostumbran a vivir en el mundo de Microsoft. Con el tiempo, conforme el país se haga cada vez más rico, más gente comprará software en lugar de robarlo. Y por lo tanto, con el tiempo, como esa compra beneficiará a Microsoft, Microsoft se beneficiará de la piratería. Si en lugar de piratear Windows de Microsoft los chinos usaran el sistema operativo libre y gratuito GNU/Linux, entonces esos usuarios chinos no acabarían comprando Microsoft. Sin la piratería, entonces, Microsoft saldría perdiendo.

Este argumento también tiene parte de verdad. La estrategia de adicción es una buena estrategia. Muchas empresas la practican. Algunas prosperan gracias a ella. Los estudiantes de derecho, por ejemplo, reciben acceso gratuito a dos bases de datos legales. Las compañías que las venden esperan que los estudiantes se acostumbren tanto a su servicio como para que quieran usar la suya frente a las otra cuando se conviertan en abogados (y deban pagar una suscripción bastante alta).

Incluso así, el argumento no es demasiado persuasivo. Nosotros no defendemos a un alcohólico cuando roba su primera cerveza simplemente porque eso hará que sea más probable que compre las tres siguientes. Por el contrario, habitualmente permitimos que sean las empresas las que decidan por sí mismas cuando es el mejor momento para regalar su producto. Si Microsoft teme la competencia de GNU/Linux, entonces Microsoft puede regalar su producto, como hizo, por ejemplo, con Internet Explorer para luchar contra Netscape. Un derecho de propiedad significa darle al dueño de la propiedad el derecho a decir quién tiene acceso a qué —al menos habitualmente. Y si la ley equilibra de modo apropiado los derechos del dueño del copyright con los derechos de acceso, entonces violar la ley sigue estando mal.

Así que, al tiempo que entiendo el atractivo de estas justificaciones de la piratería, y ciertamente veo su motivación, en mi opinión al final estos esfuerzos para justificar la piratería comercial no funcionan. Este tipo de piratería está fuera de control y sencillamente es algo malo. No transforma el contenido que roba; no transforma el mercado en el que compite. Simplemente le da a alguien acceso a algo a lo que, según las leyes, no debería tenerlo. Nada ha cambiado para poner esas leyes en duda. Esta forma de piratería está mal y punto.

Pero como sugieren los ejemplos de los cuatro capítulos que introdujeron esta parte, incluso si alguna piratería está sencillamente mal, no todo es «piratería». O al menos, no toda la «piratería» está mal si ese término es entendido en la forma en la que se entiende cada vez más hoy en día. Muchas formas de «piratería» son útiles y productivas para producir nuevos contenidos o nuevos modelos de negocio. Ni nuestra tradición ni ninguna otra tradición ha prohibido nunca toda la «piratería» en ese sentido de la palabra.

Esto no significa que la última preocupación en términos de piratería, las redes de pares (p2p en inglés), no provoque preguntas. Pero significa que tenemos que entender un poco mejor el daño que causa el intercambio p2p antes de mandarlo al patíbulo bajo la acusación de piratería.

Porque (1) como Hollywood en sus orígenes, el intercambio p2p se escapa de una industria obsesionada con el control; y (2) como la industria discográfica en sus orígenes, simplemente explota una nueva forma de distribuir contenidos; pero (3) a diferencia de la televisión por cable, nadie está vendiendo los contenidos que se comparten en los servicios p2p.

Estas diferencias distinguen el intercambio p2p de la verdadera piratería. Deberían impulsarnos a encontrar un modo de proteger a los artistas que al mismo tiempo permita que este intercambio sobreviva.

Piratería II

La clave para la «piratería» que la ley pretende aplastar es un uso que «roba al autor en sus beneficios».[4] Esto significa que debemos determinar si el intercambio p2p hace daño y en qué medida, antes de que sepamos con qué fuerza la ley debe o bien prevenirlo, o bien encontrar una alternativa para asegurar al autor sus beneficios.

Las redes de pares se hicieron famosas con Napster. Pero los inventores de la tecnología de Napster no habían hecho ninguna innovación tecnológica de primera magnitud. Como todos los grandes avances en innovación de Internet (y, muy probablemente, también fuera de Internet),[5] Shawn Fanning y su equipo simplemente habían ensamblado componentes que habían sido desarrollados por separado.

---

4 *Bach contra Longman*, 98 Eng. Rep. 1274 (1777).

5 Véase Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller That Changed the Way We Do Business*, Nueva York, HarperBusiness, 2000. El profesor Christensen examina por qué las compañías que crean y después dominan un sector

El resultado fue una combustión espontánea. Lanzado en julio de 1999, Napster amasó más de diez millones de usuarios en nueve meses. Después de dieciocho meses había cerca de ochenta millones de usuarios registrados en el sistema.[6] Los tribunales cerraron Napster con rapidez, pero otros servicios aparecieron para ocupar su lugar. (Kazaa es actualmente el servicio p2p más popular. Presume de tener más de cien millones de usuarios). Los sistemas de estos servicios son diferentes en arquitectura, aunque no muy distintos en lo que se refiere a la función: todos ellos permiten que sus usuarios pongan contenidos a disposición de los demás usuarios. Con un sistema p2p, puedes compartir tus canciones favoritas con tu mejor amigo —o con tus veinte mil mejores amigos.

Según algunas estimaciones, una inmensa proporción de estadounidenses han probado la tecnología de las redes de pares para el intercambio de ficheros. Un estudio de Ipsos-Insight en septiembre del 2002 estimaba que sesenta millones de estadounidenses se habían descargado música —un 28 % de los estadounidenses mayores de doce años.[7] Una encuesta del grupo NDP citada por el *New York Times* estimaba que en mayo del 2003 cuarenta y tres millones de ciudadanos usaban redes de intercambio de ficheros para intercambiar contenidos.[8] La inmensa mayoría no son chavales. Sea cual sea el número real, en estas redes se está «tomando» una cantidad masiva de contenidos. La facilidad y el mínimo coste de las redes de intercambio de ficheros han inspirado que millones de personas disfruten la música de una manera en la que no lo habían hecho antes.

Una parte de este goce implica violaciones de copyright. Y otra parte no. E incluso si entramos en la parte que es técnicamente una violación del copyright, calcular el daño real para los dueños de copyright es más complicado de lo que uno podría pensar. Así que considera —con más cuidado con

---

de producción son frecuentemente incapaces de hallar los paradigmas de uso más creativos y transformadores de sus propios productos. Éste trabajo habitualmente recae sobre innovadores externos, que reensamblan las tecnologías ya existentes de forma innovadora. Para una discusión de las ideas de Christensen, véase Lawrence Lessig, *Future...*, pp. 89-92 y 139.

[6] Véase Carolyn Lochhead, «Silicon Valley Dream, Hollywood Nightmare», *San Francisco Chronicle*, 24 de septiembre de 2002, A1; «Rock 'n' Roll Suicide», *New Scientist*, 6 de julio de 2002, p. 42; Benny Evangelista, «Napster Names CEO, Secures New Financing», *San Francisco Chronicle*, 23 de mayo de 2003, C1; «Napster's Wake-Up Call», *Economist*, 24 de junio de 2000, p. 23; John Naughton, «Hollywood at War with the Internet» (Londres) *Times*, 26 de julio 2002, p. 18.

[7] Véase Ipsos-Insight, *TEMPO: Keeping Pace with Online Music Distribution* (septiembre 2002), que informa de que el 28% de los estadounidenses de más de once años de edad ha descargado música de Internet y un 30% ha escuchado archivos musicales almacenados en sus computadoras.

[8] Amy Harmon, «Industry Offers a Carrot in Online Music Fight», *New York Times*, 6 de junio de 2003, A1.

el que frecuentemente lo hacen las voces polarizadas en este debate— los tipos de intercambio permitidos por el intercambio de ficheros, y el tipo de daños que implican.

Los usuarios de estas redes comparten cuatro tipos de contenidos y por ello podemos dividirlos en cuatro grupos:

A. Hay quien usa estas redes como sustituto de la compra de contenidos. Así, cuando aparece un nuevo CD de Madonna en el mercado, en lugar de comprar el CD, estos usuarios simplemente lo toman de la red. Podemos discutir sobre si todo el mundo que lo obtiene de este modo verdaderamente lo compraría en caso de que el intercambio no lo hubiera puesto a su disposición gratis. La mayoría de la gente no haría esto, pero claramente hay algunos que sí. Estos últimos son el objetivo de la categoría A: usuarios que descargan en lugar de comprar.

B. Hay quien usa estas redes para «probar» la música antes de comprarla. Así, un amigo le envía a otro un MP3 de un artista que no ha oído. El otro amigo entonces compra CDs de ese artista. Esto es un tipo de publicidad dirigida, con grandes probabilidades de éxito. Si el amigo que recomienda el álbum no gana nada por una mala recomendación, entonces uno podría esperar que las recomendaciones serán verdaderamente buenas. El efecto neto de este intercambio podría incrementar las ventas de música.

C. Hay quien usa las redes de intercambio para acceder a material con copyright que ya no está a la venta o que no habría comprado porque los costes de la transacción fuera de la Red son demasiado altos. Para muchos este uso de las redes de intercambio es uno de los más satisfactorios. Canciones que eran parte de nuestra infancia pero que se han esfumado del mercado reaparecen mágicamente en la red. (Una amiga me contó que cuando descubrió Napster pasó todo un fin de semana «recordando» canciones antiguas. Estaba asombrada de la variedad y mezcla de contenidos que estaban disponibles). Debido a que los contenidos no se venden, técnicamente se trata todavía de una violación del copyright, aunque debido a que los dueños del copyright ya no venden este contenido, el daño económico es cero —el mismo daño que se da cuando yo le vendo a un coleccionista mi colección de discos de los sesenta a 45 revoluciones.

D. Finalmente, hay muchos que usan las redes de intercambio para acceder a contenidos que no tienen copyright o que el dueño del copyright quiere regalar.

¿Qué equilibrio existe entre estos distintos tipos de usuarios?

Empecemos con algunas ideas sencillas pero importantes. Desde el punto de vista de la ley, solamente el tipo D es claramente legal. Desde el punto de vista económico, solamente el tipo A es claramente perjudicial.[9] El tipo B es ilegal pero evidentemente beneficioso. El tipo C es ilegal, pero bueno para la sociedad (ya que conocer más música es bueno). Así que decidir al final la importancia del intercambio es una pregunta difícil de responder —y ciertamente mucho más difícil que lo que sugiere la retórica actual sobre este asunto.

Si al final el intercambio es perjudicial depende de un modo importante de hasta qué punto el tipo A es perjudicial. Igual que Edison se quejaba de Hollywood, los compositores de los rollos de música, los artistas de la radio, y las emisoras en abierto de la televisión por cable, la industria musical se queja de que el intercambio del tipo A es una forma de «robo» que está «devastando» la industria.

Si bien las cifras verdaderamente sugieren que el intercambio es perjudicial, es difícil de determinar en qué medida. Hace mucho tiempo que la práctica habitual de la industria es culpar a la tecnología de cualquier descenso en las ventas. La historia de la grabación de cintas de cassette es un buen ejemplo. Según un estudio de Cap Gemini Ernst & Young: «Más que explotar esta tecnología nueva y popular, los sellos lucharon contra ella».[10] Los sellos afirmaron que cada álbum grabado era un álbum sin vender, y cuando las ventas de discos cayeron un 11.4% en 1981, la industria afirmó que sus argumentos habían quedado demostrados. La tecnología era el problema, y prohibir o regular la tecnología era la solución.

Sin embargo, poco después, y antes de que el Congreso tuviera la oportunidad de promulgar leyes al efecto, apareció MTV y la industria vio cómo las cosas cambiaban por completo. «Al final», concluye Cap Gemini, «la

---

9 Véase Liebowitz, *Rethinking the Network Economy*, pp. 148-49.

10 Véase Cap Gemini Ernst & Young, *Technology Evolution and the Music Industry's Business Model Crisis* (2003), p. 3. Este informe describe el esfuerzo de la industria musical para estigmatizar la práctica naciente de grabar cassettes en los setenta, incluyendo una campaña de publicidad que incluía una cassette con forma de calavera y el mensaje: «Las grabaciones caseras están matando la música». Cuando la cinta digital de audio se convirtió en una amenaza, la Oficina de Valoración Técnica realizó un estudio del comportamiento de los consumidores. En 1988, el 40% de los consumidores mayores de diez años de edad habían grabado música en un formato de cassette. U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Copyright and Home Copying: Technology Challenges the Law*, OTA-CIT-422, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, octubre de 1989, pp. 145-56.

"crisis" [...] no fue culpa de quienes grababan cintas —que no [dejaron de hacerlo después del nacimiento de MTV]— sino resultado del estancamiento de la innovación musical en las discográficas más importantes»[11]

Pero sólo porque la industria estuviera equivocada entonces no significa que esté equivocada hoy. Para evaluar la verdadera amenaza que el intercambio p2p presenta a la industria en particular, y a la sociedad en general —o al menos a la sociedad que hereda la tradición que nos dio la industria del cine, del disco, de la radio, de la televisión por cable y del video— la pregunta no es sólo si el tipo A de intercambio es perjudicial. La pregunta es también cuán perjudicial es el tipo A, y hasta qué punto son beneficiosos los otros tipos de intercambio. Podemos empezar a responder a esta pregunta concentrándonos en el daño neto, desde el punto de vista de la industria en su totalidad, causado por las redes de intercambio. El «daño neto» a la industria en su totalidad es la medida en la que el tipo A supera al tipo B. Si las discográficas vendieran más discos por medio de estas pruebas que los que dejan de vender por la sustitución, entonces las redes de intercambio benefician en realidad a las discográficas. Por lo tanto, deberían tener pocas razones estáticas para resistirse a ellas.[12]

¿Podría ser verdad? ¿Podría ser que la industria en su totalidad esté ganando gracias al intercambio de ficheros? Aunque suene extraño, en realidad los datos de ventas de CDs sugieren algo muy cercano a esto.

En el 2002 la RIAA informó que las ventas de CDs habían caído un 8.9 %, de 882 millones a 803 millones de unidades; los ingresos cayeron un 6.7 %.[13] Esto confirma la tendencia de los últimos años. La RIAA culpa a la piratería en Internet por esta tendencia, aunque hay muchas otras causas que podrían explicar esta caída. SoundScan, por ejemplo, informa de una caída de más del 20 % en el número de CDs lanzados desde 1999. Eso sin duda explica parte del descenso en ventas. La subida de precios podría explicar al

---

11 U.S. Congress, Copyright and Home Copying, p. 4.

12 Véase Recording Industry Association of America, *2002 Yearend Statistics*, disponible en el enlace #15. Un informe posterior indica pérdidas aún mayores. Véase Recording Industry Association of America, *Some Facts About Music Piracy*, 25 de junio de 2003, disponible en el enlace #16: «En los últimos cuatro años, las remesas de música grabada han caído en un 26%, de 1.160 millones de unidades en 1999 a 860 millones de unidades en 2002 en EE.UU. (cifras basadas en unidades enviadas). En términos de ventas, los ingresos han caído un 14%, de 14.600 millones de dólares en 1999 a 12.600 millones de dólares el año pasado (cifras basadas en el valor de las remesas en dólares estadounidenses). La industria musical a nivel mundial ha pasado de facturar 39.000 millones de dólares en 2000 a 32.000 millones de dólares en 2002 (cifras basadas en el valor de las remesas en dólares estadounidenses)».

13 Jane Black, «Big Music's Broken Record», BusinessWeek online, 13 de febrero de 2003, disponible en el enlace #17.

menos parte de esta pérdida. «Entre 1999 y 2001, el precio medio de un CD subió un 7.2 %, de 13.04 dólares a 14.19». La competencia de otros medios también podría explicar parte del declive. Como apunta Jane Black en *BusinessWeek*: «La banda sonora de la película *High Fidelity* costaba 18.98 dólares. Podías comprarte toda la película [en DVD] por 19.99 dólares».[14]

Pero asumamos que la RIAA tiene razón, y que todo el declive en las ventas de CDs se debe al intercambio en Internet. He aquí el problema: en el mismo periodo en el que la RIAA estima que se vendieron 803 millones de CDs, la RIAA estima que se descargaron gratuitamente 2.100 millones de CDs. Así que aunque se descargaron 2.6 veces más CDs que los que se vendieron, los ingresos por ventas descendieron sólo en un 6.7 %.

Hay demasiadas cosas sucediendo a la vez como para explicar estas cifras de una forma definitiva, pero hay una conclusión inevitable: la industria musical constantemente pregunta: «¿Cuál es la diferencia entre bajarse una canción y robar un CD?» —y sin embargo sus propias cifras revelan la diferencia. Si yo robo un CD, entonces hay un CD menos que vender. Cada vez que tomo uno se pierde una venta. Pero sobre la base de las cifras que da la RIAA, está absolutamente claro que no ocurre lo mismo con las descargas. Si cada descarga fuese una venta perdida —si cada usuario de Kazaa «le robara algo de su beneficio al autor»— entonces la industria habría sufrido una caída en ventas del 100 % el año pasado, no de un 7 %. Si 2.6 veces el número de CDs vendidos fueron descargados gratuitamente, y sin embargo los ingresos sólo cayeron un 6.7 %, entonces hay una enorme diferencia entre «descargarse una canción y robar un CD».

Estos son los daños —alegados y seguramente exagerados pero, asumámoslo, reales. ¿Qué pasa con los beneficios? Puede que el intercambio de ficheros le imponga costes a la industria discográfica. ¿Qué valor produce aparte de estos costes?

Un beneficio es el intercambio de tipo C —poner a disposición del público en general contenidos que técnicamente tienen copyright pero que ya no están comercialmente disponibles. Esta categoría de contenidos no es en absoluto pequeña. Hay millones de canciones que ya no están disponibles comercialmente.[15] Y mientras que se puede concebir que parte de estos contenidos no estén disponibles debido a que el artista que los produjo no

---

14 *Ibidem.*

15 Según un cálculo, el 75% de la música publicada por las grandes discográficas ya está descatalogada. Véase Online Entertainment and Copyright Law —Coming Soon to a Digital Device Near You: Hearing Before the Senate Committee on the Judiciary, 107th Cong., 1st sess. (3 de abril de 2001) (declaración preparada por la Future of Music Coalition), disponible en el enlace #18.

quiere que lo estén, la inmensa mayoría no está disponible debido únicamente a que los sellos o los distribuidores han decidido que ya no tiene sentido para la compañía ponerlos a disposición del público.

En el espacio real —mucho tiempo antes de Internet— el mercado tenía una respuesta muy sencilla a este problema: las librerías y tiendas de discos de segunda mano. Hay miles de tiendas semejantes hoy en día en EE.UU.[16] Estas tiendas compran contenidos a sus dueños, después venden los contenidos que compran. Y bajo las leyes estadounidenses del copyright, cuando compran y venden estos contenidos, incluso si los contenidos tienen todavía copyright los dueños del copyright no reciben ni un centavo. Las librerías y tiendas de discos de segunda mano son entidades comerciales; sus dueños ganan dinero con los contenidos que venden; pero igual que con la televisión por cable antes de las licencias estatutarias, no tienen que pagarle al dueño del copyright por los contenidos que venden.

El intercambio de tipo C, por lo tanto, es muy parecido a las librerías o tiendas de discos de segunda mano. Es diferente, por supuesto, porque la persona que pone los contenidos a disposición del público no está ganando dinero al hacerlo. Es también diferente, por supuesto, porque en el espacio real, cuando vendo un disco, ya no lo tengo, mientras que en el ciberespacio, cuando alguien comparte mi grabación de 1949 de «Two Love Songs» de Bernstein, todavía la conservo. Esa diferencia tendría importancia económica si el dueño del copyright de 1949 estuviera vendiendo el disco en competencia con mi intercambio. Pero estamos hablando de una clase de contenidos que no está actualmente disponible comercialmente. Internet está haciendo que esté disponible, por medio del intercambio cooperativo, sin competir con el mercado.

Bien podría ser, si lo consideramos todo, que sería mejor que el dueño del copyright sacara algo de esto. Pero simplemente porque sería mejor que esto ocurriera no hay por qué prohibir las librerías de segunda mano. O por ponerlo en términos diferentes, si crees que habría que detener el intercambio tipo C, ¿crees que habría que cerrar también las bibliotecas y las librerías de segunda mano?

---

16 Mientras que no hay buenas estimaciones del número de tiendas existentes de discos usados, en 2002 había en EE.UU. 7.198 libreros de segunda mano, un incremento del 20% desde 1993. Véase Book Hunter Press, *The Quiet Revolution: The Expansion of the Used Book Market* (2002), disponible en el enlace #19. Los discos de segunda mano supusieron 260 millones de dólares en 2002. Véase National Association of Recording Merchandisers, «2002 Annual Survey Results», disponible en el enlace #20.

Finalmente, y quizá de un modo más importante, las redes de intercambio de ficheros permiten el tipo D —el intercambio de contenidos que los dueños del copyright quieren que se compartan o para los que no hay copyright. Este intercambio claramente beneficia a los autores y a la sociedad. El autor de ciencia ficción Cory Doctorow, por ejemplo, publicó su primera novela, *Down and Out in the Magic Kingdom*, tanto de forma gratuita en la Red como en librerías, el mismo día. Su idea (y la de su editor) era que la distribución on-line sería una gran publicidad para el libro «de verdad». La gente leería una parte en la Red y luego decidiría si le gustaba o no. Si le gustaba, sería más probable que lo compraran. Los contenidos de Doctorow pertenecen al tipo D. Si las redes de intercambio permiten que su obra se difunda, entonces ganan tanto la sociedad como él mismo. (En realidad, ganan muchísimo: ¡Es un gran libro!)

Lo mismo ocurre con las obras de dominio público: este intercambio beneficia a la sociedad sin ningún daño legal a los autores. Si los esfuerzos para resolver el problema del intercambio tipo A destruyen las oportunidades para el tipo D, entonces perdemos algo importante para proteger los contenidos del tipo A.

La idea en todo esto es ésta: mientras que la industria discográfica comprensiblemente dice «esto es lo que hemos perdido», debemos preguntarnos también: «¿Cuánto ha ganado la sociedad con las redes p2p? ¿Para qué son eficaces? ¿Qué contenidos no estarían disponibles de otra forma?»

Porque a diferencia de la piratería que describí en la primera sección de este capítulo, gran parte de la «piratería» permitida por el intercambio de ficheros es algo claramente bueno y legal. Y como la piratería que describí en el capítulo 4, gran parte de esta piratería está motivada por una nueva forma de difundir contenidos generada por avances en la tecnología de distribución. Así, de una manera coherente con la tradición que nos ha dado Hollywood, la radio, la industria discográfica y la televisión por cable, la pregunta que deberíamos hacer acerca del intercambio de ficheros es: cuál es el mejor modo de preservar sus beneficios al tiempo que minimizamos (en la medida posible) el daño que les causa a los artistas. Se trata de una cuestión de equilibrio. Las leyes deberían buscar ese equilibrio, y ese equilibrio sólo se encontrará con el tiempo.

«¿Pero esta guerra no es sólo contra el intercambio ilegal? ¿El objetivo no es únicamente lo que llamas el tipo A?»

Eso es lo que uno pensaría. Eso es lo que uno esperaría. Pero hasta hoy no lo es. El efecto de la guerra, presuntamente tan sólo, contra el intercambio del tipo A se ha sentido mucho más allá de esa clase de intercambio. Esto es obvio en el mismo caso de Napster. Cuando Napster le dijo al tribunal que ha había

desarrollado una tecnología que bloqueaba la transferencia de un 99.4 % del material identificado como una violación del copyright, el tribunal dijo que el 99.4 % no era bastante. Napster tenía que reducir las violaciones «a cero».[17]

Si un 99.4% no es bastante, entonces esta es una guerra contra las tecnologías de intercambio de ficheros, no una guerra contra la violación del copyright. No hay forma de asegurar que un sistema p2p se usa el 100% del tiempo sin vulnerar la ley, de la misma manera que no hay forma de asegurar que el 100% de los reproductores de video o que el 100% de las fotocopiadoras o que el 100% de las pistolas se usan sin vulnerar la ley. Tolerancia cero significa cero p2p. La decisión del tribunal significa que nosotros como sociedad debemos perder los beneficios del p2p, incluso los derivados de los usos completamente legales y beneficiosos que permite, simplemente para asegurar que no haya ni una violación de copyright provocada por el p2p.

La tolerancia cero no es parte de nuestra historia. No ha producido la industria de los contenidos que tenemos hoy. La historia del derecho estadounidense ha sido un proceso de equilibrio. Conforme nuevas tecnologías han cambiado la manera en la que se distribuían los contenidos, las leyes se ajustaron, después de un tiempo, a la nueva tecnología. En este ajuste las leyes buscaban asegurar los derechos legítimos de los creadores, al tiempo que protegían la innovación. A veces esto ha significado más derechos para los creadores y a veces menos.

Así, tal y como hemos visto, cuando la «reproducción mecánica» amenazó los intereses de los compositores, el Congreso sopesó los derechos de los compositores frente a los de la industria discográfica. Concedió derechos a los compositores, pero también a los intérpretes: se iba a pagar a los compositores, pero al precio marcado por el Congreso. Pero cuando la radio empezó a emitir las grabaciones hechas por esos artistas, y éstos se quejaron de que no se estaba respetando su «propiedad creativa» (ya que las emisoras de radio no tenían que pagarles por la creatividad que emitían), el Congreso rechazó sus reclamaciones. Un beneficio indirecto era suficiente.

La televisión por cable siguió el patrón de los discos. Cuando los tribunales rechazaron las reclamaciones para que la industria del cable pagara por los contenidos que volvían a emitir, el Congreso respondió dándoles a las emisoras en abierto el derecho a una compensación, pero a un nivel fijado por la ley. Del mismo modo les dio a las compañías de cable el derecho a los contenidos, siempre que pagaran el precio marcado por la ley.

---

[17] Véase Transcript of Proceedings, In Re: Napster Copyright Litigation at 34- 35 (N.D. Cal., 11 July 2001), nos. MDL-00-1369 MHP, C 99-5183 MHP, disponible en el enlace #21. Para un relato del litigio y su efecto negativo en Napster, véase Joseph Menn, *All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster*, Nueva York, Crown Business, 2003, 269-82.

Este compromiso, igual que el compromiso que afectaba a los discos y las pianolas, cumplía dos importantes funciones —de hecho, dos propósitos centrales de cualquier legislación del copyright. Primero, las leyes aseguraban que los nuevos innovadores tendrían la libertad para desarrollar nuevas formas de distribuir contenidos. Segundo, las leyes aseguraban que se pagaría a los dueños del copyright por los contenidos que se distribuían. Se temía que si el Congreso simplemente exigiera que la televisión por cable les pagara a los dueños del copyright lo que éstos pidieran por sus contenidos, entonces los dueños del copyright en asociación con las emisoras en abierto usarían su poder para ahogar esta nueva tecnología, el cable. Pero si el Congreso hubiera permitido que el cable usara estos contenidos gratuitamente, entonces habría subsidiado el cable injustamente. Así que el Congreso escogió un camino que aseguraría una compensación sin darle al pasado (las emisoras en abierto) control sobre el futuro (el cable).

El mismo año que el Congreso estableció este equilibrio, dos de los principales productoras y distribuidoras de contenidos cinematográficos presentaron una demanda contra otra tecnología, las grabadoras de video (VTRs [en inglés] o como las llamamos hoy VCRs [en inglés]) producidas por Sony, el Betamax. La reclamación de Disney y Universal contra Sony era relativamente sencilla: Sony producía un aparato, afirmaban Disney y Universal, que permitía que los consumidores se dedicaran a la violación del copyright. Debido a que el aparato construido por Sony tenía un botón de «grabación», el aparato podía usarse para grabar películas y programas con copyright. Sony, por tanto, estaba beneficiándose de las violaciones del copyright de sus clientes. Por tanto, según Disney y Universal, debía ser responsable legal parcial de esta violación.

La reclamación de Disney y Universal tenía algo de razón. Sony efectivamente decidió diseñar su máquina para hacer que fuera muy sencillo grabar programas de televisión. Podría haber construido la máquina para bloquear o inhibir cualquier grabación de una emisora de televisión. O posiblemente podría haber construido la máquina para que hiciera copias sólo si había una marca especial de «cópiame» en la señal recibida. Estaba claro que había muchos programas de televisión que no le concedían permiso de copia a nadie. De hecho, si alguien hubiera preguntado, sin duda la mayoría de los programas no habría autorizado las copias. Y a la luz de esta preferencia evidente, Sony podría haber diseñado su sistema para minimizar las oportunidades de violar el copyright. No lo hizo, y por eso Disney y Universal querían que se la considerara responsable de la arquitectura que había escogido.

El presidente de la MPAA, Jack Valenti, se convirtió en el más elocuente campeón de los estudios. Valenti llamó a los aparatos de video «tenias».[18] Avisó de que «cuando haya veinte, treinta, cuarenta millones de estos aparatos en este país, seremos invadidos por millones de "tenias", que devorarán el mismo corazón y esencia de la propiedad más preciosa que tiene el dueño de copyright, su derecho de copia».[19] «Uno no tiene que tener una preparación sofisticada en marketing y valoración creativa», le dijo al Congreso, «para entender la devastación causada al mercado posterior a los cines por cientos de millones de grabaciones que tendrán un impacto negativo en el futuro de la comunidad creativa de este país. Es simplemente una cuestión de economía básica y de mero sentido común».[20] De hecho, como mostrarían estudios posteriores, el 45 % de los dueños de reproductores de video tenían videotecas de diez títulos o más[21] —un uso que el Tribunal consideraría más tarde no «justo». Al «permitir que los dueños de estos aparatos copiaran libremente por medio de una exención de la violación del copyright sin crear un mecanismo para compensar a los dueños de copyright», testificó Valenti, el Congreso «estaba tomando de los dueños la misma esencia de su propiedad: el derecho exclusivo a controlar quién puede usar su obra, esto es, quién puede copiarla y beneficiarse así de su reproducción».[22]

El Tribunal Supremo tardó ocho años en resolver este caso. En tanto, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, que incluye a Hollywood dentro de su jurisdicción —lo cual hace que el magistrado Alex Kozinski, quien es parte de ese tribunal, lo llame el «Circuito de Hollywood»— consideró que Sony era responsable de las violaciones de copyright permitidas por sus máquinas. Bajo esta decisión, esta tecnología perfectamente familiar —que Jack Valenti había llamado «el estrangulador de Boston de la industria cinematográfica estadounidense» (peor aún, era el estrangulador japonés de la industria cinematográfica estadounidense)— era una tecnología ilegal.[23]

Pero el Tribunal Supremo revocó esta decisión. Y el Tribunal claramente articuló de qué forma entendía cuándo los tribunales debían intervenir en tales disputas y si debían hacerlo. Tal y como dictaminó el Tribunal:

---

18 En el original, «tapeworm». Valenti hace un juego de palabras entre «cinta de grabación» y el nombre de este parásito en inglés [*N. del T.*].

19 Copyright Infringements (Audio and Video Recorders): Hearing on S. 1758 Before the Senate Committee on the Judiciary, 97th Cong., 1st and 2nd sess., 459 (1982) (testimonio de Jack Valenti, presidente, Motion Picture Association of America, Inc.).

20 Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 475.

21 *Universal City Studios, Inc. contra Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429, 438 (C.D. Cal., 1979).

22 Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 485 (testimonio de Jack Valenti).

23 Universal City Studios, Inc. contra Sony Corp. of America, 659 F. 2d 963 (9th Cir. 1981).

> Una política y una historia sensatas apoyan nuestra deferencia sistemática para con el Congreso cuando las innovaciones tecnológicas de primera magnitud alteran el mercado de los materiales con copyright. El Congreso tiene la autoridad constitucional y la capacidad institucional para acomodar todas las combinaciones de intereses opuestos que inevitablemente entran en conflicto ante la aparición de tales tecnologías».[24]

Se le pidió al Congreso que respondiera a la decisión del Tribunal Supremo. Pero igual que ocurrió con la petición de los intérpretes en relación a las emisiones de radio, el Congreso la ignoró. El Congreso estaba convencido de que el cine estadounidense ya sacaba bastante, a pesar de que se «tomaran» estos contenidos.

Si juntamos todos estos casos, emerge un patrón claro:

Caso	Quién era pirateado	Respuesta de los tribunales	Respuesta del Congreso
Grabaciones	Compositores	Sin protección	Licencias estatutarias
Radio	Intérpretes	No hubo	Nada
Cable	Emisoras en abierto	Sin protección	Licencias estatutarias
Vídeo	Cineastas	Sin protección	Nada

En cada caso a lo largo de nuestra historia, una nueva tecnología cambió la forma en la que se distribuían los contenidos.[25] En cada caso, a lo largo de nuestra historia, eso significó que alguien «viajó gratis» a costa del trabajo de otros.

En *ninguno* de esos casos ni los tribunales ni el Congreso eliminan por completo este viaje gratis. En *ninguno* de estos casos ni los tribunales ni el Congreso insisten en que las leyes aseguren que el dueño de copyright consiga todo el valor creado por su copyright. En cada caso, los dueños del

---

24 *Sony Corp. of America contra Universal City Studios*, Inc., 464 U.S. 417, 431 (1984).

25 Éstas son las instancias más importantes en nuestra historia, pero también hay otros casos. La tecnología de la cinta de audio digital (DAT en inglés), por ejemplo, fue regulada por el Congreso para minimizar el riesgo de piratería. El remedio impuesto por el Congreso supuso una carga para los productores de DATs, al gravar las ventas de cintas y controlar la tecnología de la DAT. Véase Audio Home Recording Act of 1992 (Title 17 of the *United States Code*), Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237, codified at 17 U.S.C. §1001. Una vez más, sin embargo, esta regulación no eliminó la oportunidad para un «viaje gratis» en el sentido en el que se ha descrito. Véase Lessig, *Future...*, p. 71. Véase también Picker, «From Edison to the Broadcast Flag», *University of Chicago Law Review* 70 (2003), pp. 293-96.

copyright se quejaron de «piratería». En cada caso, el Congreso actuó para reconocerle cierta legitimidad al comportamiento de los «piratas». En cada caso, el Congreso permitió que una nueva tecnología se beneficiara del contenido producido antes. Equilibró los intereses implicados.

Cuando reflexionas sobre estos ejemplos, y los otros ejemplos que componían los cuatro primeros capítulos de esta sección, se ve que este equilibrio tiene sentido. ¿Era Walt Disney un pirata? ¿Mejoraría el *doujinshi* si sus autores tuvieran que pedir permiso? ¿Habría que regular mejor los instrumentos que permiten a otra gente capturar y difundir imágenes como una forma de cultivar o criticar nuestra cultura? ¿Está bien que construir un motor de búsqueda te exponga a quince millones de dólares en daños y perjuicios? ¿Habría sido mejor que Edison hubiera controlado el cine? ¿Debería cada banda que hace versiones contratar un abogado para obtener permiso para grabar una canción?

Podríamos responder que sí a todas estas preguntas, pero nuestra tradición ha respondido que no. En nuestra tradición, como declaró el Tribunal Supremo, el copyright «nunca le ha otorgado al dueño del copyright completo control sobre todos los usos posibles de su obra».[26] Por el contrario, los usos particulares que la ley regula han sido definidos equilibrando el bien que se deriva de conceder un derecho exclusivo y las cargas creadas por semejante derecho exclusivo. Y este equilibrio se ha alcanzado históricamente *después* de que una tecnología haya madurado, o se haya asentado en la combinación de tecnologías que facilitan la distribución de contenidos.

Hoy día deberíamos estar haciendo lo mismo. La tecnología de Internet está cambiado rápidamente. La forma en la que la gente se conecta a Internet (cables frente a inalámbrica) está cambiando muy rápidamente. Sin duda la Red no debería convertirse en un instrumento para «robar» a los artistas. Pero las leyes tampoco deberían convertirse en un instrumento para blindar una forma particular en la que se paga a los artistas (o, para ser más precisos, a los distribuidores). Como describo con más detalle en el último capítulo de este libro, debemos asegurarles ingresos a los artistas al tiempo que permitimos que los mercados logren el modo más eficiente para promover y distribuir contenidos. Esto exigirá que se cambien las leyes, al menos durante el periodo de transición. Estos cambios se deberían diseñar para equilibrar la protección de la ley y el fuerte interés público en que continúe la innovación.

Esto es especialmente cierto cuando una nueva tecnología permite un modo de distribución inmensamente superior. Y esto es lo que ha hecho el p2p. Las tecnologías p2p pueden ser eficientes hasta un punto ideal a la hora

---

26 Sony Corp. of America contra Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 432 (1984).

de mover contenidos a través de una red muy diversa. Si se deja que se desarrollen, podrían hacer que la Red fuese inmensamente más eficiente. Sin embargo, estos «potenciales beneficios públicos», como escribe John Schwartz en el *New York Times*, «podrían retrasarse en la lucha del P2P».[27]

SIN EMBARGO, CUANDO alguien empieza a hablar de «equilibrio», los guerreros del copyright recurren a un argumento diferente. «Todos estos dedos apuntando al equilibro y a los incentivos», dicen, «ignoran un punto fundamental. Nuestros contenidos», insisten los guerreros, «son nuestra *propiedad*». ¿Por qué deberíamos esperar a que el Congreso «reequilibre» nuestros derechos a la propiedad? ¿Es que tú tienes que esperar antes de llamar a la policía cuando te roban el coche? ¿Y, para empezar, por qué tendría que deliberar el Congreso sobre los méritos de este robo? ¿Es que nos preguntamos si el ladrón de un coche lo usó bien antes de arrestarlo?»

«Es *nuestra propiedad*», insisten los guerreros. «Y debería estar protegida igual que cualquier otra propiedad».

---

27 John Schwartz, «New Economy: The Attack on Peer-to-Peer Software Echoes Past Efforts», *New York Times*, 22 de septiembre de 2003, C3.

Parte II: Propiedad

Los guerreros del copyright tienen razón: el copyright es un tipo de propiedad. Se puede poseer y se puede vender, y las leyes protegen contra su robo. Habitualmente, el dueño de copyright obtiene el precio que desea por él. Los mercados calculan la oferta y la demanda que parcialmente determina el precio que puede conseguir.

Pero en el lenguaje normal, llamar al copyright «propiedad» induce un poco de confusión, ya que la propiedad del copyright es un tipo de propiedad extraño. De hecho, la idea misma de propiedad sobre una idea o cualquier expresión es muy extraña. Entiendo lo que estoy tomando cuando cojo una mesa de picnic y la pongo en el patio. Estoy tomando una cosa, la mesa, y después de tomarla tú ya no la tienes. Pero ¿qué estoy tomando cuando tomo la buena *idea* que tuviste al poner la mesa en el patio —al, por ejemplo, ir a Sears, comprar una mesa, y ponerla en mi patio? Entonces, ¿qué estoy tomando?

El asunto no radica en la materialidad de las mesas de picnic en comparación con las ideas, aunque ésa sea una diferencia importante. El asunto es, por el contrario, que en el caso habitual —de hecho, en prácticamente cualquier caso excepto en una reducida gama de excepciones— las ideas que se hacen públicas son libres. No te quito nada cuando copio tu

forma de vestir —aunque podría parecer raro que lo hiciera cada día, y especialmente raro si eres una mujer. Por el contrario, como dijo Thomas Jefferson (algo que es especialmente cierto cuando copio la forma en la que viste otra persona), «quien recibe una idea de mí, recibe instrucción sin disminuir la mía; igual que quien enciende su vela con la mía, recibe luz sin que yo me quede a oscuras».[1] Las excepciones al uso libre son ideas y expresiones dentro del alcance de las leyes de patentes y de copyright, y otros dominios que no discutiré aquí. Lo que dice la ley en este ámbito es que no puedes coger mi idea o expresión sin mi permiso: las leyes convierten lo intangible en una propiedad.

Pero cuánto, y hasta qué punto, y de qué manera —en otras palabras, los detalles— importan. Para comprender bien como emerge esta práctica que convierte lo intangible en propiedad, necesitamos emplazar la «propiedad» en el contexto adecuado.[2]

Mi propósito al hacer esto será similar al de la parte precedente. Ofrezco cuatro historias que ayudan a poner en contexto la idea de que «los materiales con copyright son propiedad». ¿De dónde viene esta idea? ¿Cuáles son sus limites? ¿Cómo funciona en la práctica? Después de estas historias, el significado de esta afirmación —«los materiales con copyright son propiedad»— estará un poco más claro, y sus implicaciones se revelarán muy diferentes a las implicaciones que los guerreros del copyright quieren que asumamos.

---

1 Carta de Thomas Jefferson a Isaac McPherson (13 de agosto de 1813) en *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 6 (Andrew A. Lipscomb y Albert Ellery Bergh, eds., 1903), pp. 330 y 333-34.

2 Tal y como los realistas legales enseñaron al derecho estadounidense, todos los derechos de propiedad son intangibles. Un derecho de propiedad es simplemente un derecho que un individuo tiene frente al mundo para hacer o no ciertas cosas que pueden ir unidas o no a un objeto físico. El derecho en sí es intangible, incluso si el objeto al cual está (metafóricamente) unido es tangible. Véase «What Is Property? Putting the Pieces Back Together», *Arizona Law Review* 45 (2003): 373, 429 n, p. 241.

6. *Fundadores*

WILLIAM SHAKESPEARE ESCRIBIÓ *Romeo y Julieta* en 1595. La obra se publicó por primera vez en 1597. Era la undécima obra importante que Shakespeare había escrito. Seguiría escribiendo obras hasta 1613, y las obras que escribió han seguido definiendo la cultura anglo-americana desde entonces. Las obras de un escritor del siglo XVI se han filtrado tan profundamente en nuestra cultura que a menudo ni siquiera reconocemos su fuente. Una vez oí a alguien comentando la adaptación que hizo Kenneth Branagh de *Enrique V*: «Me gustó, pero Shakespeare está lleno de frases hechas».

En 1774, casi 180 años después de que se escribiera *Romeo y Julieta*, muchos pensaban que el «copy-right» de la obra era todavía de derecho exclusivo de un único editor londinense, Jacob Tonson.[1] Tonson era la figura más prominente dentro de un pequeño grupo de editores llamados el Conger[2] que controló el negocio del libro en Inglaterra durante el siglo XVIII. El Conger reclamaba un derecho a perpetuidad a controlar la «copia» de los libros que habían adquirido de los autores. Ese derecho a perpetuidad significaba que nadie más podría publicar copias de un libro del cual ellos tuvieran el copyright. Por lo tanto, los precios de los clásicos se mantenían altos; y se eliminaba la competencia para producir ediciones mejores o más baratas.

---

1 A Jacob Tonson se le recuerda típicamente por su asociación con prominentes figuras literarias del siglo XVIII, especialmente John Dryden, y por sus hermosas «ediciones definitivas» de obras clásicas. Además de *Romeo y Julieta*, publicó una sorprendente colección de obras que todavía permanecen en el corazón del canon inglés, incluyendo las obras completas de Shakespeare, Ben Jonson, John Milton y John Dryden. Véase Keith Walker, «Jacob Tonson, Bookseller», *American Scholar* 61:3 (1992), pp. 424-31. 3. Como elegantemente argumenta Siva Vaidhyanathan, es erróneo llamar a esto «ley de copy-right». Véase Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, p. 40.

2 Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968, pp. 151-52.

Ahora bien, entorno al año 1774 se da algo desconcertante para cualquiera que sepa algo sobre las leyes de copyright. El año más conocido en la historia del copyright es 1710, el año en que el parlamento británico adoptó la primera ley del «copyright». Conocida como el Estatuto de Ana, la ley declaraba que todas las obras publicadas recibirían un plazo de copyright de catorce años, renovable por una ocasión si el autor estaba vivo, y que todas las obras publicadas antes de 1710 recibirían un único plazo de veintiún años adicionales.[3] Bajo esta ley, *Romeo y Julieta* debería haber sido libre en 1731. Así que ¿por qué en 1774 aún había discusión sobre si estaba o no todavía bajo el control de Tonson?

La razón es que los ingleses no se habían puesto de acuerdo todavía sobre lo que era el «copyright» —en realidad, nadie lo había hecho. En la época en la que los ingleses aprobaron el Estatuto de Ana no había ninguna otra legislación que gobernara el copyright. La última ley que regulaba a los editores, la Ley de Licencias de 1662, había expirado en 1695. Esa ley les daba a los editores el monopolio sobre la publicación, como una forma de facilitarle a la Corona el control sobre lo que se publicaba. Pero después de expirar no hubo ninguna ley positiva que dijera que los editores, o «Stationers», tuvieran un derecho exclusivo a imprimir libros.

No había ninguna ley *positiva*, pero eso no quería decir que no hubiera ley. La tradición legal anglo-americana considera tanto la palabra de los legisladores como la palabra de los jueces para conocer las reglas que han de gobernar cómo se comporta la gente. A la palabra de los legisladores las llamamos «derecho positivo». A la palabra de los jueces, «derecho jurisprudencial o jurisprudencia».[4] La jurisprudencia produce el fondo sobre el cual los legisladores legislan; los legisladores, habitualmente, sólo pueden imponerse a ese fondo si aprueban una ley que lo desplace. Y la cuestión real después de que los estatutos de licencias hubieran expirado era si la jurisprudencia existente protegía el copyright, independientemente de cualquier derecho positivo.

Esta cuestión era importante para los editores, o «libreros», como se los llamaba, debido a que existía una competencia creciente por parte de editores extranjeros. Los escoceses en particular estaban publicando y exportando cada vez más libros a Inglaterra. Esa competencia reducía los beneficios

---

3 Philip Wittenberg, *The Protection and Marketing of Literary Property*, Nueva York, J. Messner, Inc., 1937, p. 31.

4 «Common law» en el original. El término puede traducirse como derecho consuetudinario en la medida en que se refiera a las leyes basadas en los usos sociales de una comunidad, y como derecho jurisprudencial o jurisprudencia en la medida en que aluda al corpus de doctrina legal elaborado a partir las decisiones de jueces y tribunales a lo largo del tiempo [*N. del T.*].

del Conger, que reaccionó exigiendo que el Parlamento aprobara una ley para devolverle los derechos exclusivos de publicación. Esa exigencia resultó finalmente en el Estatuto de Ana.

El Estatuto de Ana concedía al autor o «propietario» de un libro un derecho exclusivo a imprimir ese libro. Con una limitación importante, no obstante, y para horror de los libreros, la ley les otorgó este derecho por un plazo limitado. Al final de este plazo el copyright «expiraba», y la obra pasaba a ser libre y cualquiera podía publicarla. O eso se cree que creían los legisladores.

Ahora bien, lo que hay que aclarar es esto: ¿por qué habría el Parlamento de limitar un derecho exclusivo? No por qué habrían de limitarlo al plazo concreto que se impuso, sino ¿por qué habría de limitar el derecho *en primer lugar*?

Resulta que los libreros, y los autores a los que representaban, tenían una reclamación muy convincente. Tomemos *Romeo y Julieta* como ejemplo: esa obra fue escrita por Shakespeare. Fue su genio lo que la trajo al mundo. No tomó la propiedad de nadie más cuando creo esa obra (lo cual es una afirmación muy controvertida, pero no nos preocuparemos ahora por eso), y al crear esa obra no hizo que fuera más difícil que otra gente escribiera otras obras. Así que ¿por qué iban las leyes a permitir jamás que viniera alguien y tomara la obra de Shakespeare sin su permiso o el de sus herederos? ¿Cuál era la razón de permitirle a alguien que «robara» la obra de Shakespeare?

La respuesta tiene dos partes. Primero tenemos que considerar algo especial acerca de la noción de «copyright» que existía en la época del Estatuto de Ana. Segundo, tenemos que considerar algo importante acerca de los «libreros».

Primero, acerca del copyright. En los últimos trescientos años, hemos llegado a aplicar el concepto de copyright cada vez de una forma más amplia. Pero en 1710, no era tanto un concepto como un derecho muy particular. El copyright nació como una serie muy específica de restricciones: prohibía que otros reimprimieran un libro. En 1710, el «copy-right» era un derecho para usar una máquina específica para duplicar una obra específica. No iba más allá de ese derecho tan limitado. No controlaba de ninguna forma más extensa cómo podía *usarse* una obra. Hoy en día el derecho incluye una larga lista de restricciones a la libertad de los demás: concede al autor los derechos exclusivos de copiar, de distribuir, de interpretar, etc.

Así que, por ejemplo, incluso si el copyright de las obras de Shakespeare fuese a perpetuidad, todo lo que eso habría significado bajo el significado original del término sería que nadie podría reimprimir la obra de Shakespeare sin el permiso de los herederos de Shakespeare. No habría controlado nada

relacionado con, por ejemplo, cómo se podía representar la obra, si la obra podía traducirse, o si se permitiría que Kenneth Brannagh hiciera sus películas. El «copy-right» era solamente un derecho exclusivo para imprimir —nada menos, por supuesto, pero tampoco nada más.

Los británicos vieron con escepticismo incluso ese derecho limitado. Habían tenido una larga y desagradable experiencia con los «derechos exclusivos», especialmente con los «derechos exclusivos» concedidos por la Corona. Los ingleses habían luchado en una guerra civil en parte debido a la práctica de la Corona de repartir monopolios —especialmente monopolios para obras que ya existían. El rey Enrique VIII concedió una patente para imprimir la Biblia y un monopolio a Darcy para imprimir barajas de cartas. El Parlamento inglés empezó a luchar contra este poder de la Corona. En 1656, aprobó el Estatuto de Monopolios, limitando los monopolios a las patentes para nuevos inventos. Y para 1710, el Parlamento estaba deseoso de tratar la cuestión del creciente monopolio de los editores.

Así que el «copy-right», cuando se consideraba como un derecho al monopolio, se consideraba de forma natural como un derecho que debía limitarse. (Por muy convincente que sea la afirmación de que «es mi propiedad, y debería tenerla para siempre», intenta que suene convincente «es mi monopolio, y debería tenerlo para siempre»). El Estado protegería un derecho exclusivo, pero solamente mientras beneficiara a la sociedad. Los británicos veían los daños resultantes de los favores a los grupos de interés; aprobaron una ley para detenerlos.

Segundo, sobre los libreros. No era sólo que el copyright fuera un monopolio. También resulta que era un monopolio en manos de los libreros. Los libreros nos parecen pintorescos e inofensivso. A la Inglaterra del siglo XVII no le parecían inofensivos. Los miembros del Conger eran vistos cada vez más como monopolistas de la peor especie —instrumentos de la represión de la Corona, vendiendo la libertad de Inglaterra para garantizarse los beneficios de un monopolio. Los ataques contra estos monopolios fueron muy agrios: Milton los describió como «viejos dueños de patentes y monopolizadores del negocio de los libros»; eran «hombres que por tanto no trabajan en una profesión honrada a la cual se debe el conocimiento».[5]

Muchos creían que el poder que los libreros ejercían sobre la difusión del conocimiento estaba dañando esa difusión, justo en el momento en que la Ilustración estaba enseñando la importancia que la educación y el conocimiento

---

5 *A Letter to a Member of Parliament concerning the Bill now depending in the House of Commons, for making more effectual an Act in the Eighth Year of the Reign of Queen Anne, entitled, An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned* (Londres, 1735), en Brief Amici Curiae of Tyler T. Ochoa et al., 8, Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618).

tuvieran una difusión general. La idea de que el conocimiento fuera libre era uno de los lemas característicos de esa época, y estos poderosos intereses comerciales estaban interfiriendo con esa idea.

Para equilibrar ese poder, el Parlamento decidió incrementar la competencia entre libreros, y la forma más sencilla de hacerlo era difundir la riqueza de los libros valiosos. Por lo tanto, el Parlamento limitó el plazo de los copyrights y garantizó así que los libros valiosos estuvieran abiertos a cualquier editor para que los publicara después de un tiempo limitado. Así que determinar que el plazo para las obras ya existentes fuera de sólo veintiún años fue un compromiso para luchar contra el poder de los libreros. La limitación en los plazos fue una forma indirecta de asegurar la competencia entre libreros, y de este modo la producción y difusión de cultura.

Cuando llegó 1731 (1710 + 21), sin embargo, los libreros se estaban poniendo muy nerviosos. Veían las consecuencias de una mayor competencia, y como a cualquier competidor no les gustaba. Al principio los libreros simplemente ignoraron el Estatuto de Ana y siguieron insistiendo en los derechos a perpetuidad para controlar la publicación. Pero en 1735 y 1737, intentaron persuadir al Parlamento para que extendiera sus plazos. Veintiún años no era suficiente, decían; necesitaban más tiempo.

El Parlamento rechazó sus peticiones. Como un escritor explicó, con palabras que hallan eco hoy en día:

> No veo razón para conceder ahora un nuevo plazo, lo cual no impedirá que se conceda una y otra vez, con tanta frecuencia como expire el antiguo; así que si esta ley se aprueba, establecerá de hecho un monopolio a perpetuidad, cosa que con razón es odiosa a los ojos de la ley; será una gran traba al comercio, un gran obstáculo al conocimiento, no supondrá ningún beneficio para los autores, pero sí una gran carga para el público; y todo esto sólo para incrementar las ganancias privadas de los libreros.[6]

Habiendo fracasado en el Parlamento, los editores recurrieron a los tribunales en una serie de casos. Su argumento era simple y directo: el Estatuto de Ana les daba a los autores ciertas protecciones por medio del derecho positivo, pero esas protecciones no tenían intención de reemplazar la jurisprudencia existente. Por el contrario, la intención era simplemente que la reemplazaran. Bajo la jurisprudencia existente ya estaba mal tomar la «propiedad» creativa de otra persona y usarla sin su permiso. El Estatuto de Ana, argumentaban

---

6 Philip Wittenberg, *The Protection and Marketing of Literary Property*, Nueva York, J. Messner, Inc., 1937, p. 31.

los libreros, no cambiaba eso. Por lo tanto, sólo porque las protecciones del Estatuto de Ana expirasen, eso no significaba que las protecciones otorgadas por la jurisprudencia expirasen: bajo el derecho jurisprudencial tenían el derecho a prohibir la publicación de un libro, incluso si su copyright según el Estatuto de Ana había expirado. Ésa, argumentaban, era la única forma de proteger a los autores.

Era un argumento ingenioso y recibió el apoyo de algunos de los principales juristas de la época. También desplegaba un descaro extraordinario. Hasta entonces, como explica el profesor Raymond Patterson, «los editores [...] se habían preocupado tanto por los autores como un ranchero por su ganado».[7] Al librero no le importaban absolutamente nada los derechos de los autores. Lo que le preocupaba era el beneficio monopolístico que le daba la obra del autor.

El argumento de los libreros no fue aceptado sin lucha. El héroe en esta lucha fue un librero escocés llamado Alexander Donaldson.[8]

Donalson estaba fuera del Conger londinense. Empezó su carrera en Edimburgo en 1750. Su negocio se centraba en reimpresiones baratas de «obras canónicas a las que les hubiese expirado el plazo de copyright», al menos bajo el Estatuto de Ana.[9] La editorial de Donaldson prosperó y se convirtió «en una especie de centro de reunión para los literatos escoceses». «Entre ellos», escribe el profesor Mark Rose, «estaba el joven James Boswell, quien, junto a su amigo Andrew Erskine, publicó un antología de poemas contemporáneos con Donaldson».[10]

Cuando los libreros londinenses intentaron cerrar el negocio de Donaldson en Escocia, éste respondió trasladando su negocio a Londres, donde vendió ediciones baratas «de los libros ingleses más populares, en desafío a la presunta jurisprudencia sobre la Propiedad Literaria».[11] Sus libros se vendían entre un 30 y un 50 % más baratos que los de Conger y afirmó su derecho a competir sobre la base de que, bajo el Estatuto de Ana, las obras que vendía ya no tenían protección.

---

7 Lyman Ray Patterson, «Free Speech, Copyright, and Fair Use», *Vanderbilt Law Review* 40 (1987): 28. Para un relato maravilloso, véase Vaidhyanathan, *op. cit.*, pp. 37-48.

8 Para un relato convincente, véase David Saunders, *Authorship and Copyright,* Londres, Routledge, 1992, pp. 62-69.

9 Mark Rose, *Authors and Owners*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 92.

10 *Ibidem*, p. 93.

11 Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, p. 167 (citando a Borwell).

Los libreros de Londres establecieron rápidamente un pleito para acabar con una «piratería» como la de Donaldson. Algunas de las acciones contra los «piratas» tuvieron éxito, siendo la más importante de estas primeras victorias el caso de *Millar contra Taylor*.

Millar era un librero que, en 1729, había comprado los derechos para el poema «The Seasons» de James Thomson. Millar se atuvo a los requisitos del Estatuto de Ana y por lo tanto recibió la protección completa que otorgaba ese estatuto. Después de que terminase el plazo del copyright, Robert Taylor empezó a imprimirlo en un volumen, haciéndole la competencia a Millar. Éste lo demandó, reclamando un derecho jurisprudencial a perpetuidad a pesar del Estatuto de Ana.[12]

De un modo sorprendente para los abogados modernos, uno de los más grandes jueces de la historia de Inglaterra, Lord Mansfield, dio la razón a los libreros. Cualquier protección que el Estatuto de Ana ofreciera a los libreros, sostenía Mansfield, no extinguía ningún derecho concedido por la jurisprudencia. La cuestión era saber si el derecho jurisprudencial protegería al autor contra los «piratas» del porvenir. La respuesta de Mansfield era que «sí»: la jurisprudencia prohibiría que Taylor reimprimiera el poema de Thomson sin el permiso de Millar. Así, esa regla del derecho jurisprudencial otorgaba efectivamente a los libreros un derecho a perpetuidad para controlar la publicación de cualquier libro asignado a ellos.

Considerada como una cuestión de justicia abstracta —razonando como si la justicia fuera una cuestión de deducción lógica a partir de axiomas— la conclusión de Mansfield puede que tenga algún sentido. Pero lo que ignoraba era la cuestión mayor con la que había peleado el Parlamento en 1710: ¿cuál era la mejor forma de limitar el poder monopolístico de los libreros? La estrategia del Parlamento consistía en ofrecer un plazo para las obras existentes que era lo suficientemente largo como para comprar la paz en 1710, pero lo suficientemente corto como para asegurar que la cultura pasaría al campo de la libre competencia en un periodo razonable de tiempo. En veintiún años, creía el Parlamento, Gran Bretaña maduraría de la cultura controlada que codiciaba la Corona a la cultura libre que nosotros heredamos.

La lucha por defender los límites del Estatuto de Ana no había de terminar aquí, sin embargo, y es aquí donde entra Donaldson.

---

12 Howard B. Abrams, «The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright», *Wayne Law Review* 29 (1983), p. 1152.

Millar murió poco después de su victoria, de manera que en su caso no hubo apelación. Sus herederos vendieron los poemas de Thomson a una asociación de impresores que incluía a Thomas Beckett.[13] Entonces Donaldson publicó una edición no autorizada de las obras de Thomson. Beckett, basándose en la decisión en el caso Millar, consiguió un mandato judicial contra Donaldson. Donaldson apeló el caso a la Cámara de los Lores, que funcionaba de modo muy parecido a nuestro Tribunal Supremo. En febrero de 1774, ese cuerpo legal tuvo la oportunidad de interpretar el significado de los límites impuestos por el Parlamento sesenta años antes.

Como pocos casos legales con anterioridad, *Donaldson contra Beckett* atrajo una enorme cantidad de atención en toda Gran Bretaña. Los abogados de Donaldson argumentaban que por muchos derechos que hubiera bajo el derecho estatutario, el Estatuto de Ana los extinguía. Después de la aprobación del Estatuto de Ana, la única protección legal para un derecho exclusivo a controlar la publicación provenía de ese estatuto. De este modo, argumentaban, que después de que expiraba el plazo especificado por el Estatuto de Ana, las obras que habían estado protegidas por el estatuto dejaban de estarlo.

La Cámara de los Lores era una institución rara. Se presentaban cuestiones legales a la Cámara y que eran votada primero por los «lores legales», miembros de una división legal especial que funcionaba de un modo muy parecido a los magistrados de nuestro Tribunal Supremo. Entonces, una vez habían votado los lores legales, votaba toda la Cámara de los Lores.

Los informes sobre los votos de los lores legales son confusos. Según algunas fuentes, parece que prevaleció el copyright a perpetuidad. Pero no hay ambigüedad sobre cómo votó la Cámara de los Lores al completo. Con una mayoría de dos a uno (22 a 11) votaron en contra de la idea de los copyrights a perpetuidad. Sin que importara cómo se entendiera la jurisprudencia existente, el copyright estaba ahora fijado por un tiempo limitado, después del cual la obra protegida por el copyright pasaba al dominio público.

«El dominio público». Antes del caso *Donaldson contra Beckett*, no había en Inglaterra una idea clara de qué era el dominio público. Antes de 1774 había un argumento muy convincente a favor de que los copyrights concedidos por el derecho jurisprudencial fueran a perpetuidad. El dominio público nació después de 1774. Por primera vez en la historia anglo-americana el control legal sobre obras creativas expiraba y las obras más importantes de la historia inglesa —incluyendo las de Shakespeare, Bacon, Milton, Johnson y Bunyan— quedaban libres de restricciones legales.

---

13 *Ibidem*, p. 1156.

A nosotros nos cuesta imaginarlo, pero esta decisión de la Cámara de los Lores dio pie a una reacción extraordinariamente popular y política. En Escocia, donde realizaban su trabajo la mayoría de los «editores piratas», la gente celebró la decisión en las calles. Tal y como informó el *Edinburgh Advertiser*: «Ninguna causa privada ha atrapado de tal manera la atención del público y nunca la Cámara de los Lores había juzgado una causa en cuya decisión tantos individuos estuvieran interesados». «Gran regocijo en Edimburgo por la victoria sobre la propiedad literaria: hogueras y alumbrados».[14]

En Londres, sin embargo, al menos entre los editores, la reacción tuvo la misma fuerza pero en la dirección contraria. El *Morning Chronicle* informó:

> Por la decisión descrita [...] materiales por valor de casi 200.000 libras que compramos honradamente en una venta pública, y que ayer pensábamos que eran propiedad nuestra se ven ahora reducidos a nada. Los Libreros de Londres y Westminster, muchos de los cuales vendieron fincas y casas para comprar Copyright, quedan de esta manera arruinados, y aquellos que tras muchos años de esfuerzo creyeron que habían adquirido la competencia necesaria para mantener a sus familias ahora se hallan sin un chelín con el que proveer a sus herederos.[15]

«Arruinados» es un poquito exagerado. Pero no es una exageración decir que el cambio fue profundo. La decisión de la Cámara de los Lores significó que los libreros ya no controlarían nunca más cómo crecería y se desarrollaría la cultura en Inglaterra. La cultura en Inglaterra era, de este modo, *libre*. No en el sentido de que los copyrights no se respetaran, porque, por supuesto, durante un tiempo limitado después de la aparición de una obra el librero tenía un derecho exclusivo para controlar la publicación de esa obra. Y no en el sentido de que se podían robar los libros, porque incluso después de que el copyright expirara, tenías que comprarle el libro a alguien. Sino *libre* en el sentido de que la cultura y su desarrollo ya no estarían controlados por un pequeño grupo de editores. Como hace cualquier mercado libre, este libre mercado de cultura libre crecería de la manera que escogieran consumidores y productores. La cultura inglesa se desarrollaría tal y como los muchos lectores ingleses decidieran dejar que se desarrollara —en los libros que compraran y escribieran; en las ideas que repitieran y apoyaran. Lo decidieran en un *contexto competitivo*, no un contexto en el que las decisiones sobre qué cultura está a disposición de la gente y cómo ésta consigue acceso a ella las toman unos pocos, a pesar de los deseos de la mayoría.

---

14 Rose, *op. cit.*, p. 97.

15 *Ibidem.*

Al menos ésta era la norma en un mundo en el que el Parlamento está en contra del monopolio y se resiste a los alegatos proteccionistas de los editores. En un mundo en que el parlamento hubiera sido más felxible, la cultura libre habría estado menos protegida.

7. *Grabadoras*

Jon Else es cineasta. Se le conoce principalmente por sus documentales y ha tenido mucho éxito a la hora de difundir su arte. También es profesor, y ya que también yo soy profesor, le tengo envidia por la lealtad y admiración que sus estudiantes sienten por él. (Conocí por casualidad a dos de sus estudiantes durante una cena. Él era su dios).

Else trabajaba en un documental en el que yo también estaba involucrado. Durante un descanso, me contó una historia sobre la libertad para crear con imagen en movimiento en los EE.UU. hoy en día.

En 1990, Else estaba trabajando en un documental sobre la Tetralogía del Anillo de Richard Wagner. El centro de atención eran los tramoyistas de la Ópera de San Francisco. Los tramoyistas son un elemento particularmente divertido y pintoresco en una ópera. Durante el espectáculo, se reúnen debajo del escenario en la sala de grúas y en la galería de focos. Proporcionan un contraste perfecto al arte desplegado sobre el escenario.

Durante uno de estas representaciones, Else estaba rodando a unos cuantos tramoyistas jugando a las damas. En un rincón de la sala había un televisor. En la pantalla, mientras los tramoyistas jugaban a las damas y la compañía de ópera interpretaba a Wagner, estaban *Los Simpsons*. En opinión de Else, este toque de dibujos animados ayudaba a capturar el sabor de todo lo que hacía de la escena algo especial.

Años más tarde, cuando finalmente consiguió financiación para terminar la película, Else intentó obtener los derechos de esos pocos segundos de *Los Simpsons*. Porque, por supuesto, esos pocos segundos tienen copyright; y, por supuesto, para usar materiales con copyright necesitas el permiso de sus dueños, a menos que se pueda aplicar el *fair use* o algún otro privilegio.

Else llamó a la oficina de Matt Groening, el creador de *Los Simpsons*, para obtener el permiso. Groening aprobó la toma. La toma era una imagen de cuatro segundos y medio de un minúsculo televisor en el rincón de una habitación. ¿Qué daño podía hacer? Groening estaba contento de que saliera en la película, pero le dijo a Else que contactara con Gracie Films, la compañía que produce el programa.

Gracie Films también estuvo de acuerdo, pero, como Groening, querían tener cuidado. Así que le dijeron a Else que contactara con la Fox, la casa matriz de Gracie. Else llamó a la Fox y les contó el segmento de video que aparecía en el rincón de una habitación durante la película. Matt Groening ya había dado permiso, dijo Else. Quería solamente confirmar ese permiso con la Fox.

Entonces, como me contó Else, «pasaron dos cosas. La primera es que descubrimos [...] que Matt Groening no es el dueño de su propia creación —o al menos que alguien [en la Fox] cree que no es el dueño de su propia creación». Y segundo, la Fox «quería que pagáramos una licencia de diez mil dólares para poder usar estos cuatro segundos y medio de [...] estos *Simpsons* que nadie había pedido y que aparecían en una esquina de la toma».

Else estaba seguro de que era un error. Consiguió llegar hasta alguien que creía que era el vicepresidente para las licencias, Rebecca Herrera. Le explicó que «aquí debe haber algún error. [...] Estamos pidiendo la tarifa para fines educativos». Ésa era la tarifa para esos fines, le respondió Herrera a Else. Un día o dos más tarde, Else volvió a llamar para confirmar lo que le habían dicho.

«Quería asegurarme de que me había enterado bien», me contó. «Sí, se ha enterado bien», dijo ella. Poder usar un segmento de *Los Simpsons* en la esquina de una toma en un documental sobre la Tetralogía del Anillo de Wagner le costaría diez mil dolares. Y luego, sorprendentemente, Herrera le dijo a Else: «Y si repite mis palabras, le enviaré a mis abogados». Como más tarde un ayudante de Herrera le dijo a Else: «No les importa un carajo. Lo único que quieren es dinero».

Else no tenía el dinero para comprar el derecho a re-emitir lo que se estaba emitiendo en la televisión en los bastidores de la Ópera de San Francisco. Reproducir esta realidad se salía de su presupuesto. En el último momento antes de que se estrenara la película, Else sustituyó digitalmente la toma con un clip de *The Day After Trinity*, una película en la que había trabajado diez años antes.

NO HAY DUDA de que alguien, ya sea Matt Groening o la Fox, es propietaria del copyright de *Los Simpsons*. Ese copyright es propiedad suya. Así que para usar ese material con copyright se necesita a veces el permiso del dueño del copyright. Si el uso que Else quería hacer del copyright de *Los Simpons* fuera uno de los usos restringidos por la ley, entonces tendría que obtener el permiso del dueño antes de poder usar la obra de esa manera. Y en un mercado libre, es el dueño del copyright quien decide el precio de cualquier uso sobre el que tiene control según las leyes.

Por ejemplo, la «emisión pública» es un uso de *Los Simpsons* sobre el que el dueño del copyright tiene el poder de decisión. Si escoges tus episodios favoritos, alquilas un cine y vendes entradas para «Mis *Simpsons* favoritos», entonces tienes que obtener permiso del dueño del copyright. Y el dueño del copyright (correctamente, en mi opinión) puede cobrarte lo que quiera — diez dólares o un millón. Es su derecho, tal y como fija la ley.

Pero cuando los abogados oyen esta historia acerca de Jon Else y la Fox lo primero que piensan es fair use.[1] El uso que Else hace de cuatro segundos y medio de una toma indirecta de un episodio de Los Simpsons es con claridad un *fair use* de *Los Simpsons* —y el *fair use* no requiere el permiso de nadie.

Así que le pregunte a Else porque no se basó simplemente en el *fair use*. He aquí su respuesta:

> El fiasco con *Los Simpsons* fue una gran lección para mí sobre el abismo entre lo que les parece irrelevante a los abogados en la teoría y lo que en la práctica es relevante en un sentido destructivo para aquellos de nosotros que de verdad tenemos que hacer y emitir documentales. He aquí por qué:
>
> 1. Antes de que nuestras películas puedan emitirse, la emisora exige que compremos una poliza de seguro de Errores y Omisiones. Las aseguradoras exigen una detallada «lista de entradas visuales» que incluya la fuente y el estatus de las licencias para cada toma de la película. Tienen una opinión poco favorable del *fair use*, y una declaración de *fair use* puede hacer que se detenga por completo el proceso de solicitud.
> 2. En primer lugar, probablemente nunca debería haberle preguntado a Matt Groening. Pero sabía (al menos por el folklore de la industria) que la Fox tenía una larga trayectoria de rastrear e impedir el uso de

---

[1] Para una excelente argumentación sobre el hecho de que un uso semejante es *fair use*, aunque los abogados no permiten que se reconozca como tal, véase Richard A. Posner con William F. Patry, «Fair Use and Statutory Reform in the Wake of *Eldred*» (borrador en mano de este autor), University of Chicago Law School, 5 de agosto de 2003.

Los Simpsons sin licencia, de la misma forma que George Lucas tomó un papel muy prominente en los litigios contra los usos de *La guerra de las galaxias*. Así que decidí jugar según las reglas, pensando que me concederían una licencia gratuita o no muy cara por cuatro segundos de *Los Simpsons*. Como productor de documentales que trabaja hasta el agotamiento con cuatro cuartos, lo último que quería era arriesgarme a tener líos legales, incluso aunque fueran un pequeño incordio, incluso aunque fueran por defender un principio.

3. De hecho, sí que hablé con uno de tus colegas en la facultad de derecho de Stanford [...] que me confirmó que era *faire use*. También me confirmó que la Fox «declarará y pleiteará contra ti hasta tu muerte», sin que importaran los méritos de mi posición. Me aclaró que todo terminaría por ser cosa de ver quién tenía el equipo legal más grande y los bolsillos más llenos, si ellos o yo.
4. Habitualmente la cuestión del *fair use* aparece al final del proyecto, cuando tenemos una fecha límite para el estreno y estamos sin dinero.

En teoría, el *fair use* significa que no necesitas permiso. La teoría, por lo tanto, apoya la cultura libre y la protege aislándola de una cultura del permiso. Pero en la práctica el *fair use* funciona de una forma muy diferente. Los límites borrosos de la ley, unidos a las extraordinarias responsabilidades legales si se cruzan estos límites, significan que el *fair use* efectivo es, para muchos creadores, algo muy reducido. La ley tiene el fin correcto; la práctica ha derrotado este fin.

Esta práctica muestra cuán lejos están las leyes de sus raíces del siglo XVIII. Las leyes nacieron para proteger los beneficios de los editores de la competición desleal de los piratas. Ahora se han convertido en una espada que interfiere en cualquier uso, transforme éste el original, o no.

8. *Transformadores*

En 1993, Alex Alben era un abogado que trabajaba en Starwave, Inc. Starwave era una compañía innovadora fundada por el cofundador de Microsoft, Paul Allen, para desarrollar formas de entretenimiento digital. Mucho antes de que Internet se hiciera popular, Starwave empezó a invertir en una nueva tecnología que distribuyera entretenimiento para adelantarse al poder de las grandes cadenas de televisión.

Alben tenía un interés especial en las nuevas tecnologías. Estaba intrigado por el mercado emergente de la tecnología del CD-ROM —no para distribuir películas, sino para hacer cosas con películas que de otra manera serían muy difíciles. En 1993 lanzó una iniciativa para desarrollar un producto que generaba retrospectivas de determinados actores. El primer actor seleccionado fue Clint Eastwood. La idea era exponer la obra completa de Eastwood, con clips sacados de sus películas y entrevistas con figuras importantes en su carrera.

En esa época Eastwood había hecho más de cincuenta películas como actor y director. Alben empezó por una serie de entrevistas con Eastwood, preguntándole sobre su carrera. Como era Starwave quien producía esas entrevistas, tenía toda la libertad de incluirlas en el CD.

En sí mismas las entrevistas no habrían creado un producto muy interesante, así que Starwave quería añadir contenidos de las películas de la carrera de Eastwood: carteles, guiones y otros materiales relacionados con ellas. La mayoría de su carrera la había pasado en la Warner Brothers, así que fue relativamente fácil conseguir permiso para usar esos contenidos.

Entonces Alben y su equipo decidieron incluir segmentos de las películas en sí. «Nuestro objetivo era tener un segmento de cada una de las películas de Eastwood», me dijo Alben. Aquí fue donde surgió el problema.

«Nadie antes había hecho algo así», explicó Alben. «Nadie había intentado hacer algo así en el contexto de una mirada artística sobre la carrera de un actor».

Alben le llevó la idea a Michael Slade, el consejero delegado de Starwave. Slade preguntó: «Bueno, ¿qué es lo que nos va a suponer hacerlo?»

Alben respondió: «Bien, vamos a tener que obtener los derechos de cualquiera que aparezca en esas películas, y la música y todo lo demás que queramos usar en esos segmentos». Slade dijo: «¡Genial! Adelante».[1]

El problema es que ni Alben ni Slade tenían ni idea de lo que podía significar obtener esos derechos. Cada actor de cada una de estas películas tendría derecho a los royalties por volver a usar esa película. Pero los CD-ROMS no estaban especificados en los contratos con los actores, así que no había una manera clara de saber qué es lo que tenía que hacer Starwave.

Le pregunté a Alben cómo se enfrentó a este problema. Con un evidente orgullo por su ingenio, que eclipsaba que su historia era evidentemente rara, Alben me contó lo que hizo:

> Así que nos pusimos a examinar los clips de manera mecánica. Tomamos algunas decisiones artísticas sobre qué segmentos íbamos a incluir —por supuesto que íbamos a usar el trozo de «Alégrame el día» de *Dirty Harry*. Pero entonces tienes que conseguir al tipo que está retorciéndose en el suelo bajo la pistola y tienes que pedirle permiso. Y luego tienes que decidir cuánto le vas a pagar.
>
> Decidimos que sería justo ofrecerle el salario de actor por un día a cambio de los derechos para volver a usar su interpretación. Estamos hablando de un segmento de menos de un minuto, pero para usar esa interpretación en el CD-ROM la tarifa de la época eran seiscientos dólares.
>
> Así que teníamos que identificar a la gente —algunos de ellos eran difíciles de identificar porque en las películas de Eastwood no puedes saber quién es el tipo estrellándose contra el cristal —¿es el actor o el especialista?— Y luego pues sólo tuvimos que reunir un equipo, mi ayudante y otra gente, y simplemente empezamos a llamar a la gente.

Algunos actores estuvieron encantados de ayudar —Donald Sutherland, por ejemplo, se preocupó él mismo de confirmar que se habían obtenido los derechos. Otros estaban atónitos ante su buena suerte. Alben preguntaba:

---

[1] Técnicamente, los derechos que Alben tenía que obtener eran principalmente los de imagen —los derechos que un artista tiene para controlar la explotación comercial de su imagen. Pero esos derechos también son una carga para la creatividad «toma, mezcla, quema», como demuestra este capítulo.

«Hola, ¿puedo pagarle seiscientos dólares o quizá si salía en dos películas, ya sabe, mil doscientos?» Y ellos responderían: «¿De verdad me está diciendo eso? Me encantaría recibir mil doscientos dólares». Y algunos por supuesto fueron un poco difíciles de convencer (ex-esposas resentidas, en particular). Pero finalmente, Alben y su equipo obtuvieron los derechos para esta retrospectiva en CD-ROM de la carrera de Clint Eastwood.

Había pasado un *año* —«e incluso entonces todavía no estábamos seguros de estar fuera de toda sospecha».

Alben está orgulloso de su trabajo. El proyecto fue el primero de su especie y la única vez que supiera que un equipo había emprendido un proyecto tan masivo con el propósito de publicar una retrospectiva.

> Todo el mundo pensaba que sería demasiado difícil. Todo el mundo se desesperó y dijo: «Oh, Dios mío, una película, hay tantos *copyrights*, está la música, está el guión, está el director, están los actores». Pero simplemente lo dividimos. Simplemente lo redujimos a las partes que lo formaban y dijimos: «OK, hay tantos actores, hay tantos directores, [...] hay tantos músicos», y simplemente fuimos al asunto muy sistemáticamente y obtuvimos los derechos.

Y sin duda el producto mismo fue excepcionalmente bueno. A Eastwood le encantó, y se vendió muy bien.

Pero le insistí un poco a Alben sobre lo extraño que parece que hiciera falta un año de trabajo sólo para obtener los derechos. Sin duda Alben había hecho esto de un modo eficiente, pero como dice la famosa ironía de Peter Drucker, «no hay nada tan inútil como hacer eficientemente algo que no debería haberse hecho en absoluto».[2] ¿Tenía sentido, le pregunté a Alben, que ésta fuera la manera en la que se tenía que hacer una obra nueva?

Porque, como reconoció, «muy poca gente [...] tiene el tiempo y los recursos y la voluntad de ir pidiendo todas las autorizaciones», por consiguiente, se harán muy pocas obras semejantes. ¿Tiene sentido, le pregunté, desde el punto de vista de aquello a lo que todo el mundo pensaba estar dando los derechos originalmente, que tuvieras que obtener los derechos para este tipo de clips?

> Creo que no. Cuando un actor actúa en una película, se le paga muy bien. [...] Y luego cuando se usan treinta segundos de esa interpretación en un nuevo producto, que es la retrospectiva de la carrera de alguien, no creo que haya que compensar de nuevo a esa persona.

---

2 U.S. Department of Commerce Office of Acquisition Management, *Seven Steps to Performance-Based Services Acquisition*, disponible en el enlace #22.

O, al menos, ¿es así como hay que compensar a los artistas? ¿Tendría sentido, pregunté, si hubiera algún tipo de licencia estatutaria que alguien pudiera pagar para tener la libertad de crear obras derivadas con segmentos como éstos? ¿De verdad tenía sentido que un creador posterior tuviera que seguirle la pista a cada artista, actor, director, músico y obtener el permiso explícito de todos ellos? ¿No se crearía mucho más si se hiciera que la parte legal del proceso creativo fuese más limpia?

> Por supuesto. Creo que si hubiera algún mecanismo de licencias justas —en el que no estuvieses a merced de bloqueos y no estuvieses a merced de ex-esposas resentidas—veríamos muchísimas obras así, porque no intimidaría tanto intentar reunir la retrospectiva de alguien e ilustrarla de forma inteligente con un montón de materiales de la carrera de esa persona. Asumirías un coste como productor de uno de estos proyectos. Asumirías el coste de pagarle X dólares al talento que actuó. Pero sería un coste conocido. Esto es lo que hace tropezar a todo el mundo y hace que sea difícil que despegue este tipo de producto. Si supieras que tengo cien minutos de cine en este producto y que va a costarme X, entonces diseñarías tu presupuesto en torno a esos costes; podrías conseguir la financiación y todo lo demás que necesitas para producirlo. Pero si dices: «Oh, tengo cien minutos de algo y no tengo ni idea de lo que me va a costar, y mucha gente me va a atracar en el proceso», entonces se vuelve difícil hacer algo semejante.

Alben trabajaba para una gran compañía. Su compañía estaba respaldada por uno de los inversores más ricos del mundo. Por tanto tenía una autoridad y un acceso que el diseñador medio de páginas web no tiene. Así que, si le llevó un año, ¿cuánto le llevaría a otra gente? ¿Y cuánta creatividad se desperdicia sólo porque el coste de obtener derechos es demasiado alto?

Estos costes son las cargas de un modelo de regulación. Ponte por un momento una gorra de republicano y enójate. El gobierno define el campo de acción de estos derechos y este campo define cuánto va costar su negociación. (Recuerda la idea de que tus tierras llegan a los cielos e imagínate al piloto comprando permisos de vuelo mientras negocia volar desde Los Ángeles a San Francisco). Bien puede ser que alguna vez estos derechos tuvieran sentido; pero como las circunstancias cambian, hoy no lo tienen en absoluto. O al menos, un republicano bien entrenado que busque minimizar la regulación debería considerar estos derechos y preguntarse: «¿Todavía tienen sentido?»

He visto en un fogonazo la comprensión que la gente llega a tener en este momento, pero únicamente unas pocas veces. La primera fue en un congreso de jueces federales en California. Se habían reunido para discutir la emergente cuestión del ciberderecho. Harvey Saferstein, un abogado de Los Ángeles con buena reputación en la profesión, presentó el panel con un video que habían producido él y su amigo Robert Fairbank.

El video era un brillante collage del cine de todo el siglo XX, todo dentro de la idea marco de un episodio de *60 Minutos*. La ejecución era perfecta, incluso la precisión con la que terminaba en sesenta minutos. A los jueces les encantó cada segundo de la cinta.

Cuando se encendieron las luces, miré a mi compañero de panel, David Nimmer, quizás el estudioso y abogado en ejercicio más importante en el campo del *copyright* de los Estados Unidos. Tenía cara de asombro, mientras miraba a la sala llena de más de doscientos cincuenta jueces bien preparados. Adoptando un tono amenazador, empezó a hablar con esta pregunta: «¿Ustedes saben cuántas leyes federales se acaban de violar en esta sala?»

Porque, por supuesto, los dos creadores, brillantemente dotados, que habían producido está película no habían hecho lo que hizo Alben. No habían pasado un año obteniendo los derechos para estos clips; técnicamente, lo que habían hecho violaba las leyes. Por supuesto, no es que se les fuera a procesar, ni a ellos ni a nadie, por esta violación (a pesar de la presencia de doscientos cincuenta jueces y una banda de agentes federales). Pero Nimmer estaba dejando claro un punto importante: un año antes de que nadie hubiera oído la palabra Napster y dos años antes de que otro miembro de nuestro panel, David Boies, defendiera a Napster ante el Noveno Círculo del Tribunal de Apelación, Nimmer estaba intentando conseguir que los jueces vieran que las leyes podían no ser muy amistosas con respecto a las posibilidades que esta tecnología hacía realidad. La tecnología significa que ahora puedes hacer cosas asombrosas con facilidad: pero no legalmente.

VIVIMOS EN UNA cultura del «corta y pega» hecha posible gracias a la tecnología. Cualquiera que prepare una presentación conoce la extraordinaria libertad que ha creado la arquitectura de corta y pega de Internet —en un segundo puedes encontrar propiamente cualquier imagen que quieras; un segundo después la has plantado en tu presentación.

Pero las presentaciones sólo son un minúsculo principio. Usando Internet y sus archivos, los músicos pueden realizar mezclas de sonidos nunca imaginadas antes; los cineastas pueden realizar películas a partir de clips de ordenadores de todo el mundo. En Suecia, un sitio extraordinario toma imágenes de políticos y las mezcla con música, para crear mordaces comentarios políticos. Un sitio llamado Camp Chaos ha producido algunas de las críticas más feroces de la industria discográfica mezclando la música con Flash.

Todas estas creaciones son técnicamente ilegales. Incluso si los creadores quisieran ser legales, el coste de cumplir con las leyes es prohibitivamente

alto. Por lo tanto, para aquellos que se someten a la ley, todo un tesoro de creatividad no se llevará nunca a cabo. Y la parte que se realiza, si no se siguen las reglas para obtener los permisos, no se lanzará nunca al público.

A algunos, estas historias les sugieren una solución: vamos a cambiar el derecho para que la gente tenga la libertad de desarrollar nuestra cultura. Para que tenga la libertad de añadir cosas o mezclarlas como mejor le parezca. Incluso podríamos llevar a cabo esta modificación sin exigir necesariamente que un uso «libre» sea libre en el sentido de «barra libre». Por el contrario, el sistema podría simplemente facilitar a los creadores posteriores la compensación a los artistas, sin exigir que aparezca un ejercito de abogados: una norma, por ejemplo, que diga que «los royalties debidos al dueño del *copyright* de una obra no registrada, por el uso derivado de esta obra, serán un 1 % inamovible de los ingresos netos para el dueño del *copyright*». Bajo esta norma, el dueño del *copyright* obtendría beneficio de sus royalties, pero no obtendría el beneficio de un derecho completo de propiedad (es decir, el derecho de establecer el precio) a menos que registre la obra.

¿Quién podría oponerse a esto? ¿Y qué razón habría para oponerse? Estamos hablando de obras que ahora no se están haciendo; las cuales, si se hicieran gracias a este plan, generarían nuevos ingresos para los artistas. ¿Qué razón podría tener alguien para oponerse?

En febrero de 2003, Dreamworks anunció un acuerdo con Mike Myers, el genial cómico de *Saturday Night Live* y Austin Powers. Según el anunció, Myers y Dreamworks trabajarían juntos para formar «un pacto único en el mundo del cine». Según el acuerdo, Dreamworks «adquirirá los derechos de éxitos cinematográficos y películas clásicas, escribirá nuevas tramas y —con el uso de la tecnología digital más avanzada— insertará a Myers y a otros actores en la película, creando así una obra de entretenimiento completamente nueva».

El anuncio llamaba a esto «*film sampling*». Como Myers explicó: «El *film sampling* es una forma muy emocionante de darle una original vuelta de tuerca a películas que ya existen y de permitirle al público que vea los clásicos bajo una nueva luz. Los artistas de rap han estado haciendo esto con la música durante años y ahora podemos tomar el mismo concepto y aplicarlo al cine». Según Steven Spielberg: «Si alguien puede crear una forma de llevar las películas antiguas al nuevo público, éste es Mike».

Spielberg tenía razón. El *film sampling* de Myers será algo brillante. Pero si no se reflexiona sobre ello, se escapará la idea verdaderamente asombrosa de este anuncio. Como la inmensa mayoría de nuestra herencia cinematográfica

está bajo *copyright*, el verdadero significado del anuncio de Dreamworks era simplemente éste: Mike Myers, y sólo Mike Myers, tiene libertad para samplear. Cualquier libertad general para desarrollar el archivo fílmico de nuestra historia, una libertad que en otros contextos se le supone a todo el mundo, es ahora un privilegio reservado a los graciosos y famosos —presumiblemente ricos.

Este privilegio se convierte en algo reservado por dos tipos de razones. La primera continúa la historia del último capítulo: la vaguedad del *fair use*. Mucho de este «sampleado» se debería considerar *fair use*. Pero pocos confiarían en una doctrina tan débil a la hora de crear. Esto conduce a la segunda razón por la que el privilegio queda reservado a unos pocos: los costes de negociar los derechos legales para la reutilización creativa de los contenidos son astronómicos. Estos costes son un reflejo de los costes que implica el *fair use*: o bien pagas a un abogado para que defienda tus derechos concedidos por *fair use* o bien pagas a un abogado para que rastree los permisos de manera que no tengas que basarte en los derechos que concede el *fair use*. En cualquier caso, el proceso creativo es un proceso de pago a los abogados —de nuevo, un privilegio, o quizás una maldición, reservada a unos pocos.

9. *Coleccionistas*

En abril de 1996, millones de «bots» —códigos informáticos diseñados para «reptar como arañas» o registrar automáticamente Internet y copiar contenidos— echaron a correr por toda la Red. Página a página, estos bots copiaban la información hallada en Internet a una pequeña serie de ordenadores situados en un sótano en el Presidio de San Francisco. Una vez que los bots terminaban de rastrear toda la red de Internet, empezaban otra vez. Una y otra vez, cada dos meses, estas piezas de código hacían una copia de Internet y la almacenaban.

Para octubre del 2001, los bots habían recogido más de cinco años de copias. Y con un pequeño anuncio en Berkeley, California, el archivo creado por esas copias, el Internet Archive, quedó abierto al mundo. Empleando una tecnología llamada la «Way Back Machine»,[1] podías entrar en una página web y ver todas sus copias remontándote hasta 1996, y ver así cómo y cuando habían cambiado estas páginas.

Hay algo que Orwell habría apreciado en Internet. En la distopía descrita en 1984, los periódicos viejos se actualizaban continuamente para asegurar que la visión actual del mundo, aprobada por el gobierno, no era desmentida por las noticias viejas. Miles de trabajadores reeditaban constantemente el pasado, lo que significaba que no había manera de saber si la historia que estabas leyendo hoy era la historia que fue impresa en la fecha publicada en el periódico.

Lo mismo ocurre con Internet. Si hoy en día vas a una página web, no tienes forma de saber si los contenidos que estás leyendo son los mismos que los que ya leíste. La página puede parecer igual, pero fácilmente puede que

---

1 «La máquina de retorno en el tiempo» [*N. del T.*].

los contenidos sean diferentes. Internet es la biblioteca de Orwell —constantemente actualizada, sin ninguna memoria de la que puedas fiarte.

Al menos hasta la Way Back Machine. Con la Way Back Machine, y el Archivo de Internet sobre la que se basa, puedes ver lo que era Internet. Tienes el poder de ver lo que recuerdas. De un modo más importante, quizá, tienes también el poder de encontrar lo que no recuerdas y quizá otros prefieren que olvides.[2]

DAMOS POR SENTADO que podemos retroceder al pasado para ver lo que recordamos haber leído. Piensa en los periódicos. Si querías estudiar la reacción del diario local a las revueltas raciales de Watts en 1965 o al cañón de agua de Bull Connor en 1963, podías ir a la biblioteca municipal y mirar los periódicos. Esos periódicos probablemente existen en microfichas. Si tienes suerte, existen también en papel. De un modo u otro, tienes la libertad, con sólo usar una biblioteca, de volver atrás y recordar —no sólo lo que conviene que se recuerde, sino también algo parecido a la verdad.

Se dice que aquellos que olvidan su historia están condenados a repetirla. Eso no es completamente cierto. *Todos* olvidamos la historia. La clave es si tenemos una forma de volver al pasado para redescubrir lo que hemos olvidado. De un modo más directo, la clave es si un pasado objetivo puede hacer que sigamos siendo honrados. Las bibliotecas ayudan a seguir siéndolo, recopilando contenidos y guardándolos para los escolares, para los investigadores, para la abuela. Una sociedad libre da por sentado este conocimiento.

Internet era una excepción a esta suposición. Hasta el Archivo de Internet, no había forma de volver atrás. Internet era un medio sustancialmente transitorio. Y sin embargo, conforme aumenta su importancia para formar y reformar la sociedad, se vuelve cada vez más importante mantener algún registro histórico. Es muy extraño pensar que tenemos montones de archivos de periódicos de ciudades minúsculas de todo el mundo, mientras que no hay más que una copia de Internet —la que está guardada en el Archivo de Internet.

---

2 Sin embargo, la tentación continúa. Brewster Kahle informa de que la Casa Blanca cambia sus propios comunicados de prensa sin avisar. El 13 de mayo de 2003, un comunicado de prensa afirmaba que «las operaciones de combate en Irak han terminado». Que fue cambiado sin aviso: «Las operaciones de combate de importancia en Irak han terminado». E-mail de Brewster Kahle, 1 de diciembre de 2003.

El fundador del Archivo de Internet es Brewster Kahle. Fue un empresario digital de éxito y luego un investigador informático también de éxito. En los noventa, Kahle decidió que había tenido suficiente éxito con los negocios. Era hora de tener éxito de otra forma. Así que lanzó una serie de proyectos diseñados para archivar el conocimiento humano. El Archivo de Internet era solamente el primero de los proyectos de este Andrew Carnegie de Internet. En diciembre del 2002, el archivo tenía más de diez mil millones de páginas y estaba creciendo a un ritmo de mil millones de páginas al mes.

La Way Back Machine es el mayor archivo de conocimiento humano de la historia. A finales del 2002, guardaba «doscientos treinta terabytes de material» —y era «diez veces mayor que la Biblioteca del Congreso». Y éste era sólo el primero de los archivos que Kahle había decidido construir. Además del Archivo de Internet, Kahle había estado construyendo el Archivo de la Televisión. Resulta que la televisión es todavía más efímera que Internet. Si bien una gran parte de la cultura del siglo XX se construyó por medio de la televisión, solamente una minúscula porción de esa cultura está disponible para el público general. La universidad de Vanderbilt graba tres horas de noticias cada noche —gracias a una exención específica en la ley del *copyright*. Esos contenidos se incluyen en un índice y se ponen a disposición de los investigadores por una tarifa muy baja. «Pero aparte de eso, [la televisión] es casi imposible de conseguir», me dijo Kahle. «Si fueras Barbara Walters podrías obtener acceso a [los archivos], pero ¿y si sólo eres un estudiante de doctorado?» Como explica Kahle:

> ¿Recuerdas cuándo Dan Quayle estaba interactuando con Murphy Brown? ¿Recuerdas esa experiencia surrealista de un político interactuando con un personaje televisivo de ficción? Si fueras un estudiante de doctorado que quisiera estudiar eso y quisieras conseguir ese diálogo entre los dos, el episodio de *60 minutos* que resultó de ahí [...] sería casi imposible. [...] Esos materiales son casi imposibles de conseguir.

¿Por qué son así las cosas? ¿Por qué ocurre que parte de nuestra cultura que está registrada en los periódicos permanece accesible a perpetuidad, mientras que la parte que esta registrada en cinta no? ¿Cómo es que hemos creado un mundo en el que los investigadores que intentan entender el efecto de los medios de comunicación en los EE.UU. del siglo XIX lo tienen más fácil que los investigadores que intentan hacer lo mismo con el siglo XX?

En parte esto es así debido a las leyes. En los comienzos de la ley estadounidense del *copyright*, se les exigía a los dueños de *copyright* que depositaran copias de sus obras en las bibliotecas. La intención era que estas copias facilitaran la difusión del conocimiento y asegurarse que habría una copia de la obra una vez que expirara el *copyright*, para que otros pudieran tener acceso a ella e hicieran nuevas copias.

Estas reglas también se aplicaban al cine. Pero en 1915, la Biblioteca del Congreso hizo una excepción con el mismo. El cine sólo tendría copyright en tanto que se hicieran estos depósitos. Pero se permitía que el cineasta pidiera prestados los depósitos —por tiempo ilimitado y sin coste alguno. Sólo en 1915 se depositaron y se «pidieron prestadas» más de 5.475 películas. Así, cuando expiran los copyrights de las películas, no se conserva ninguna copia en ninguna biblioteca. La copia existe —si es que existe en alguna parte— en los archivos de la productora cinematográfica.

Lo mismo ocurre generalmente con la televisión. Las emisiones de televisión originalmente no tenían copyright —no había ninguna forma de capturar las emisiones, así que no había miedo alguno al «robo». Pero conforme la tecnología fue haciendo posible esta captura, las emisoras empezaron a basarse cada vez más en las leyes. Las leyes exigían que hicieran una copia de cada emisión para que las obras tuvieran «copyright». Pero estas copias simplemente se quedaban en las manos de las emisoras. Ninguna biblioteca tenía derecho a ellas; el gobierno no las exigía. Los contenidos de esta parte de la cultura estadounidense le resultan prácticamente invisibles a cualquiera que los busque.

Kahle estaba deseando corregir esta situación. Antes del once de septiembre del 2001 sus aliados y él habían empezado a capturar televisión. Seleccionaron veinte emisoras de todo el mundo y pulsaron el botón de grabación. Después del once de septiembre, Kahle, trabajando con docenas de personas, seleccionó veinte emisoras de todo el mundo y, a partir del once de octubre del 2001, puso en la Red a disposición gratuita su seguimiento de la semana del once de septiembre. Cualquiera podía ver cómo los informativos televisivos de todo el mundo cubrieron los acontecimientos de aquel día.

Kahle tenía la misma idea con respecto al cine. Trabajando con Rick Prelinger, cuya filmoteca incluye cerca de 45.000 «películas efímeras» (lo que quiere decir que son películas que no son de Hollywood, cintas que nunca recibieron copyright), Kahle estableció el Archivo de Cine. Prelinger dejó que Kahle digitalizara 1.300 películas en este archivo y que las publicara en Internet, de donde podían descargarse gratis. La compañía de Prelinger tiene ánimo de lucro. Vende copias de estas películas como material de archivo («*stock footage*»). Lo que descubrió es que las ventas aumentaron drásticamente después de poner a disposición gratuita una parte significativa de su archivo. La gente podía encontrar fácilmente el material que quería usar. Hubo quienes descargaron esos materiales e hicieron sus propias películas con él. Otros compraron copias para permitir que se hicieran otras películas. De un modo u otro, el archivo hizo posible el acceso a esta parte importante de nuestra cultura. ¿Quieres ver una copia de la película «Agáchate y cúbrete», que instruía a los niños sobre como salvarse en mitad de un ataque nuclear? Ve a archive.org, puedes bajarte la película en unos minutos —gratis.

De nuevo, Kahle está dando acceso a una parte de nuestra cultura que de otra forma no podría conseguirse con facilidad o no conseguirse en absoluto. Ésta es otra parte de aquello que define el siglo XX y que hemos perdido en las manos de la historia. Las leyes no exigen que nadie guarde todavía copias de estos materiales o que se depositen en ningún archivo. Por lo tanto, no existe una manera fácil de encontrarlos.

La clave aquí es el acceso, no el precio. Kahle quiere hacer posible el acceso gratuito a estos materiales, pero también quiere permitir que otros vendan el acceso a ellos. Su objetivo es asegurar la competencia en el acceso a esta parte importante de nuestra cultura. No durante la vida comercial de un pedazo de propiedad creativa, sino durante la segunda vida que tiene toda propiedad creativa —la vida no comercial.

Porque aquí hay una idea que deberíamos reconocer con mayor claridad. Cada fragmento de la propiedad creativa atraviesa «vidas» diferentes. En su primera vida, si el creador tiene suerte, los contenidos se venden. En casos así, el mercado comercial trabaja para el creador. La inmensa mayoría de la propiedad creativa no disfruta de este éxito, pero una parte llega a disfrutar claramente del mismo. Para estos contenidos, la vida comercial es extremadamente importante. Sin este mercado comercial, según muchos defienden, habría mucha menos creatividad.

Tras el fin de la vida comercial de la propiedad creativa, nuestra tradición siempre ha apoyado una segunda vida. Un periódico distribuye sus noticias cada mañana a los porches de EE.UU. Al día siguiente se usa para envolver pescado o para llenar cajas con regalos frágiles o para construir un archivo de conocimientos sobre nuestra historia. En esta segunda vida los contenidos pueden seguir informando, incluso si esa información ya no se vende.

Lo mismo ha sido siempre cierto en el caso de los libros. Los libros se dejan de imprimir muy rápidamente (la media hoy en día es de más o menos un año)[3]. Una vez que un libro está descatalogado, puede venderse en librerías de segunda mano sin que el dueño del copyright reciba nada, o bien puede almacenarse en bibliotecas, donde muchos consiguen leerlo, también gratis. Las librerías de segunda mano y las bibliotecas son, por lo tanto, la segunda vida de un libro. Esa segunda vida es extremadamente importante para la difusión y estabilidad de la cultura.

Sin embargo, y de un modo creciente, estamos en un error si damos por sentada una segunda vida estable para los componentes más importantes de la cultura popular en los siglos XX y XXI. Porque estos componentes —la

---

3 Doug Herrick, «Toward a National Film Collection: Motion Pictures at the Library of Congress», *Film Library Quarterly* 13 nos. 2-3 (1980), p. 5; Anthony Slide, *Nitrate Won't Wait: A History of Film Preservation in the United States* (Jefferson, N.C.: McFarland & Co., 1992), p. 36.

televisión, el cine, la música, la radio, Internet— no tienen garantizada una segunda vida. Para esos tipos de cultura, es como si se hubiera sustituido las bibliotecas por las megalibrerías de Barnes & Noble. En esta cultura, lo que está accesible no es nada más que unas determinadas y limitadas demandas del mercado. Más allá de esto la cultura desaparece.

DURANTE LA MAYOR parte del siglo XX fue la economía la que causó este fenómeno. Habría sido irracionalmente caro recopilar y poner a libre disposición toda la televisión, el cine y la música. El coste de las copias analógicas es extraordinariamente alto. Así que aunque en principio las leyes habrían restringido la capacidad de un Brewster Kahle de copiar cultura de una manera generalizada, la verdadera restricción era económica. El mercado hacía que fuera imposible hacer algo por esta cultura efímera; las leyes tenían un efecto práctico muy pequeño.

Tal vez la característica individual más importante de la revolución digital es que, por primera vez desde la Biblioteca de Alejandría, es factible imaginar la construcción de archivos que alberguen toda la cultura producida o distribuida públicamente. La tecnología hace que sea posible imaginar un archivo de todos los libros publicados y hace posible, cada vez más, imaginarse un archivo de todas las imágenes en movimiento y de todos los sonidos.

La escala de este archivo potencial es algo que jamás habíamos imaginado antes. Los Brewster Kahle de nuestra historia habían soñado con él; pero estamos por primera vez en un punto en el que ese sueño es posible. Tal y como lo describe Kahle:

> Parece que hay algo así como entre dos o tres millones de grabaciones musicales, en toda la historia. Hay algo así como cien mil películas estrenadas en el cine, [...] y entre uno y dos millones de películas [distribuidas] durante el siglo XX. Hay unos veintiséis millones de títulos de libros. Todo esto cabría en ordenadores que a su vez cabrían en esta habitación y que una compañía pequeña podría permitirse. Así que estamos en un punto decisivo de nuestra historia. El objetivo es el acceso universal. Y la oportunidad de vivir una vida diferente, basada en esto [...] es apasionante. Podría ser una de las cosas de las que la humanidad podría estar más orgullosa. A la altura de la Biblioteca de Alejandría, al lado de llevar al hombre a la luna y de la invención de la imprenta.

Kahle no es el único bibliotecario. El Archivo de Internet no es el único archivo. Pero Kahle y el Archivo de Internet sugieren lo que podría ser el futuro de las bibliotecas o de los archivos. No sé *cuándo* termina la vida comercial de la propiedad creativa. Pero ocurre. Y termine cuando termine, Kahle y su

archivo sugieren un mundo en el que estos conocimientos, y la cultura, se puedan mantener perpetuamente disponibles. Habrá quien recurra a ella para entenderla y quien lo hará para criticarla. Otros la usarán, como lo hizo Walt Disney, con el fin de re-crear el pasado para el futuro. Estas tecnologías prometen algo que había sido inimaginable durante la mayor parte de nuestro pasado —un futuro *para* nuestro pasado. La tecnología de las artes digitales podría volver a hacer real el sueño de la Biblioteca de Alejandría.

De este modo, la tecnología ha eliminado los costes económicos de construir un archivo semejante. Pero los costes de los abogados permanecen. Porque por mucho que nos guste llamarlos «archivos», por muy acogedora que pueda parecer la idea de «biblioteca», los «contenidos» que se recogen en estos espacios digitales son también la «propiedad» de alguien. Y las leyes de propiedad restringen las libertades que Kahle y otras personas ejercerían si pudieran.

10. *Propiedad*

JACK VALENTI HA sido presidente de la Asociación de Cine de EE.UU. (MPAA en inglés) desde 1966. Llegó por primera vez a Washington con la administración de Lyndon Jonson —literalmente. En la famosa fotografía de la jura del cargo por parte de Johnson en el Air Force One después del asesinato del presidente Kennedy, Valenti se encuentra en el fondo. En los casi cuarenta años de dirección de la MPAA, Valenti se ha establecido quizás como el jefe más prominente y efectivo de cualquier lobby o grupo de presión en Washington.

La MPAA es la rama estadounidense de la Asociación Internacional de Cine. Se creó en 1922 como una asociación de comercio cuyo objetivo era defender las películas estadounidenses de las crecientes críticas dentro del país. La organización representa ahora no sólo a los cineastas sino también a productores y distribuidores de entretenimiento por televisión, video y cable. Su consejo directivo está compuesto por los consejeros delegados y los presidentes de las siete productoras y distribuidoras de cine y programas de televisión más importantes de EE.UU.: Walt Disney, Sony, MGM, Paramount, Fox, Universal y Warner Brothers.

Valenti es sólo el tercer presidente de la MPAA. Ningún presidente antes de él ha tenido tanta influencia sobre esa organización o sobre Washington. Como tejano que es, Valenti se ha convertido en un maestro en la habilidad individual más importante para un sureño —la habilidad para parecer sencillo y no muy listo, al tiempo que esconde una inteligencia de una agilidad extraordinaria. Hasta hoy día Valenti se presenta como un hombre sencillo y humilde. Pero este autor de cuatro libros, que tiene un Master de Harvard en administración de empresas, que terminó la escuela secundaria a los quince y pilotó más de cincuenta misiones de combate en la Segunda Guerra Mundial, no es un cualquiera. Cuando Valenti fue a Washington, se hizo el dueño de la ciudad de una manera sustancialmente típica de Washington.

A la hora de defender la libertad artística y la libertad de expresión de la que depende nuestra cultura, la MPAA ha hecho mucho bien. Al crear el sistema de calificación de películas, probablemente evitó una enorme cantidad de daños derivados de la regulación de la libertad de expresión. Pero hay un aspecto de la misión de la organización que es a un tiempo el más radical y el más importante. Se trata del esfuerzo, resumido en cada uno de los actos de Valenti, de redefinir el significado de «propiedad creativa».

En 1982, el testimonio de Valenti ante el Congreso sintetizó perfectamente esta estrategia:

> A pesar de las extensas argumentaciones, a pesar de los ataques y de las defensas, a pesar de los tumultos y los gritos, los hombres y mujeres razonables seguirán volviendo sobre la cuestión fundamental, el tema central que anima todo este debate: *los dueños de la propiedad creativa deben recibir los mismos derechos y protecciones que los demás dueños de una propiedad tienen en este país*. Ése es el asunto. Ésa es la cuestión. Y ésta es la base sobre la que se tiene que asentar toda esta vista y los debates que la sigan.[1]

La estrategia de esta retórica, como la estrategia de la mayor parte de la retórica de Valenti, es brillante y sencilla, y es brillante porque es sencilla. El «tema central» al cual volverán «los hombres y mujeres razonables» es éste: «Los dueños de la propiedad creativa deben recibir los mismos derechos y protecciones que tienen en este país los demás dueños de una propiedad». No hay ciudadanos de segunda clase, podría haber seguido Valenti. No debería haber propietarios de segunda clase.

Esta afirmación tiene un tirón evidente, poderosamente intuitiva. Está hecha con tanta claridad como para hacer que la idea sea tan obvia como la noción de que usamos las elecciones para escoger a los presidentes. Pero, de hecho, no hay una afirmación más extrema, hecha por *nadie* que aborde con seriedad este debate, que la realizada por Valenti. Jack Valenti, por muy dulce y brillante que sea, es quizás el mayor extremista en este país cuando se trata de hablar de la naturaleza y de los límites de la «propiedad creativa». Sus opiniones no tienen *ninguna* conexión razonable con nuestra verdadera tradición legal, incluso si el atractivo sutil de su encanto tejano ha ido redefiniendo lentamente esa tradición, al menos en Washington.

---

1 Home Recording of Copyrighted Works: Hearings on H.R. 4783, H.R. 4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, y H.R. 5705 Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives, 97th Cong., 2nd sess. (1982), p. 65 (testimonio de Jack Valenti).

Mientras que la «propiedad creativa» es ciertamente «propiedad» en el sentido escolástico y preciso en el que se educa a los abogados para entender estas cuestiones,[2] nunca se ha dado el caso, y nunca debería darse, de que «los dueños de la propiedad creativa» hayan «recibido los mismos derechos y protecciones que los demás dueños de una propiedad». De hecho, si los dueños de la propiedad creativa recibieran los mismos derechos que los demás dueños de una propiedad, eso supondría un cambio radical, y radicalmente indeseable, para nuestra tradición.

Valenti sabe todo esto. Pero es portavoz de una industria a la que no le importan absolutamente nada nuestra tradición y los valores que representa. Es portavoz de una industria que, por el contrario, lucha para restaurar la tradición con la que los ingleses terminaron en 1710. En el mundo que crearían los cambios de Valenti, unos pocos poderosos ejercerían un control abrumador sobre la forma en la que se desarrollaría nuestra cultura creativa.

Tengo dos objetivos en este capítulo. El primero es convencerte de que, históricamente, la afirmación de Valenti es completamente equivocada. El segundo es convencerte de que sería algo terriblemente equivocado rechazar nuestra historia. Siempre hemos tratado los derechos en el campo de la propiedad creativa de una manera diferente a los derechos otorgados a los dueños de cualquier otra propiedad. Nunca han sido iguales. Y nunca deberían ser iguales, porque, por mucho que parezca ir contra nuestra intuición, hacer que fueran iguales debilitaría fundamentalmente la oportunidad de crear para los nuevos creadores. La creatividad depende de que los dueños de la creatividad no lleguen a tener un control perfecto.

Las organizaciones como la MPAA, cuyo consejo de dirección incluye a los miembros más poderosos de la vieja guardia, tienen poco interés, a pesar de su retórica, en asegurar que lo nuevo reemplace a lo viejo. Ninguna organización lo tiene. Ninguna persona. (Pregúntame sobre la conveniencia de que sean fijas las plazas de los profesores). Pero lo que es bueno para la MPAA no es necesariamente bueno para EE.UU. Una sociedad que defiende los ideales de la cultura libre debe preservar precisamente la oportunidad de que la nueva creatividad amenace a la vieja.

---

2 Los abogados hablan de la propiedad no como una cosa absoluta, sino como una serie de derechos que a veces están asociados con un objeto en particular. Así, «mi derecho a la propiedad» de mi coche me da el derecho al uso exclusivo del mismo, pero no el derecho a conducir a 220 km/h. Para un mejor esfuerzo con el fin de conectar el significado habitual de «propiedad» con «la jerga de abogados», véase Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1977, pp. 26-27.

Para hacerse simplemente una ligera idea de que hay algo fundamentalmente equivocado en el argumento de Valenti, no tenemos más que echarle un vistazo a la propia Constitución de Estados Unidos.

Los padres de nuestra Constitución amaban la «propiedad». De hecho, la amaban con tanta intensidad que insertaron en nuestra Constitución un importante requisito. Si el gobierno te quita tu propiedad —si declara ruinosa tu casa o adquiere una parte de las tierras de tu granja— se exige, según la Cláusula de Expropiaciones de la Quinta Enmienda, que te pague una «compensación justa» por esa expropiación. La Constitución garantiza así que la propiedad es, en cierto sentido, sagrada. *Jamás* se le puede arrebatar nada al propietario a menos que el gobierno pague por ese privilegio.

Sin embargo, la propia Constitución habla de manera muy diferente sobre lo que Valenti llama «propiedad creativa». En la cláusula que concede al Congreso el poder para crear «propiedad creativa», la Constitución *exige* que, después de un «tiempo limitado», el Congreso recobre el derecho que ha concedido y que libere la «propiedad creativa» incorporándola al dominio público. Sin embargo, cuando el Congreso hace esto, cuando la expiración del plazo del copyright te «arrebata» el copyright y se lo entrega al dominio público, el Congreso no tiene ninguna obligación de pagar una «compensación justa» por esta «expropiación». Por el contrario, la propia Constitución que exige compensaciones por tus tierras, exige que pierdas tus derechos a la «propiedad creativa» sin ninguna compensación en absoluto.

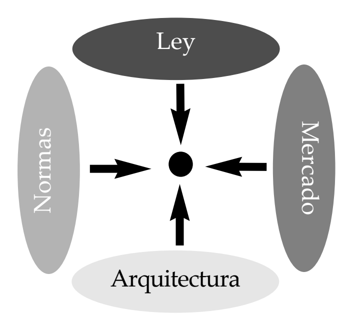
De este modo, la Constitución declara directamente que hay dos formas de propiedad a las que no se les va a reconocer los mismos derechos. Simplemente se las va a tratar de forma distinta. Valenti, por lo tanto, no está solamente pidiendo un cambio en nuestra tradición cuando defiende que los dueños de la propiedad creativa deberían recibir los mismos derechos que los de cualquier otra propiedad. Lo que efectivamente está defendiendo es un cambio en nuestra Constitución.

Defender un cambio en nuestra Constitución no es necesariamente un error. Hay muchas cosas en nuestra Constitución original que simplemente eran equivocadas. La Constitución de 1789 consideraba inamovible la esclavitud; hacía que los senadores fueran nombrados en lugar de ser elegidos; permitía que el colegio electoral produjera un empate entre el presidente y su propio vicepresidente (como ocurrió en 1800). Sin duda sus autores eran extraordinarios, pero sería el primero en admitir que cometieron algunos errores. Desde entonces hemos rechazado algunos de esos errores; sin duda podría haber otros que también deberíamos rechazar. Así que mi argumento no es simplemente que como Jefferson hizo esto, nosotros también deberíamos hacer lo mismo.

Por el contrario, mi argumento tiene que ver con por qué hizo Jefferson lo que hizo, deberíamos al menos intentar comprender el *porqué*. ¿Por qué los padres de la Constitución, siendo como eran fanáticos de la propiedad, rechazaron la idea de que la propiedad creativa tenía que recibir los mismos derechos que todas las otras formas de propiedad? ¿Por qué exigieron que hubiera un dominio público para la propiedad creativa?

Para responder a esta pregunta, tenemos que adquirir cierta perspectiva con respecto de la historia de los derechos de esa «propiedad creativa» y el control que permitían. Una vez que veamos con claridad cuan diferentemente se definían esos derechos, estaremos mejor preparados para hacer la pregunta que debería estar en el centro de esta guerra: no *si* la propiedad creativa debería estar protegida, sino cómo. No *si* deberíamos hacer cumplir los derechos que la ley concede a los dueños de la propiedad creativa, sino cuál debería ser la composición específica de esos derechos. No *si* habría que pagar a los artistas, sino si las instituciones diseñadas para asegurar que se pague a los artistas deberían también controlar la forma en la que se desarrolla la cultura.

Para responder a estas preguntas necesitamos una forma más general de hablar sobre cómo se protege la propiedad. De un modo más preciso, necesitamos una forma que sea más general que el estrecho lenguaje que las leyes establecen. En *El código y otras leyes del ciberespacio*, usé un modelo sencillo para capturar esta perspectiva más general. Para cualquier derecho o regulación particular, este modelo se pregunta cómo interactúan cuatro modalidades diferentes de regulación para apoyar o socavar ese mismo derecho o regulación. Lo represente con este diagrama:



En el centro de este diagrama hay un punto regulado: el individuo o el grupo que es el objetivo de la regulación o el titular de un derecho. (En cada uno de estos casos podemos describir esto tanto como una regulación que como un derecho. Para simplificar las cosas hablaré sólo de regulaciones).

Los óvalos representan cuatro maneras por las que el individuo o el grupo pueden ser regulados —ya sea restringiendo o, de forma alternativa, por medio de permisos. Las leyes son las restricciones más evidentes (al menos para los abogados). Restringen por medio de la amenaza de castigos si se violan una series de reglas que han determinado previamente. De manera que, si por ejemplo violas voluntariamente el *copyright* de Madonna copiando una canción de su último CD y publicándola en la Red, te pueden castigar con una multa de 150.000 dólares. La multa es un castigo posterior por violar una regla anterior. Es impuesta por el Estado.

Las normas son un tipo diferente de restricción. También castigan a un individuo por violar una regla. Pero el castigo de una norma es impuesto por una comunidad, no (o no solamente) por el Estado. Puede que no haya ninguna ley contra escupir, pero eso no quiere decir que no te castigarían si escupieses en el suelo mientras haces cola para ver una película. Puede que el castigo no sea severo, aunque dependiendo de la comunidad, fácilmente puede ser más severo que muchos de los castigos impuestos por el Estado. La condición de la diferencia no es la severidad del castigo, sino su fuente.

El mercado es el tercer tipo de restricción. Sus restricciones se efectúan mediante condiciones: puedes hacer X si pagas a Y; te pagarán M si haces N. Evidentemente estas restricciones no son independientes de las leyes o de las normas —la ley de la propiedad define qué debe comprarse si es que se quiere tomar legalmente; las normas dictan qué puede venderse de un modo apropiado. Pero dada una serie de normas y un marco general de leyes contractuales y de propiedad, es el mercado el que impone una restricción simultánea sobre cómo puede comportarse un individuo o un grupo.

Finalmente, y quizás por el momento de modo más misterioso, la «arquitectura» —el mundo físico tal y como nos lo encontramos— supone una restricción al comportamiento. Un puente derrumbado puede restringir tu capacidad para cruzar un río. Unas vías de tren pueden restringir la capacidad de una comunidad para tener una vida social integrada. Como con el mercado, la arquitectura no impone sus restricciones por medio de castigos posteriores. Por el contrario, igual que con el mercado, la arquitectura impone restricciones por medio de condiciones simultáneas. Estas condiciones no son impuestas por medio de tribunales que hagan cumplir contratos o por la policía castigando el robo, sino por medio de la naturaleza, por medio de la «arquitectura». Si un peñasco desprendido de 300 kilos te bloquea el paso, es la ley de la gravedad la que impone esta restricción. Si un billete de avión que cuesta quinientos dólares te impide volar a Nueva York, es el mercado el que impone esta restricción.

Así que el primer punto sobre estas cuatro modalidades de regulación es obvio: interactúan entre sí. Las restricciones impuestas por una pueden verse reforzadas por otra. O las restricciones impuestas por una pueden verse socavadas por otra.

El segundo punto se deriva directamente del primero: si queremos comprender la libertad efectiva que alguien tiene en un momento dado para hacer una cosa en particular, tenemos que considerar cómo interactúan estas cuatro modalidades. Haya o no otras restricciones (puede que las haya; no pretendo ser exhaustivo), estas cuatro están entre las más significativas, y cualquier regulador (ya sea controlando o liberando) debe considerar cómo interactúan estas cuatro en particular.

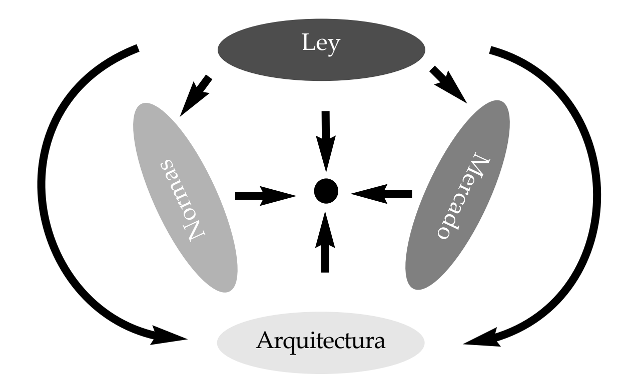
Así que, por ejemplo, considera la «libertad» de conducir un coche a alta velocidad. Esa velocidad está restringida en parte por las leyes: límites de velocidad que dicen cuán rápido puedes conducir en determinados lugares a determinadas horas. Está restringida en parte por la arquitectura: los badenes, por ejemplo, hacen que la mayoría de los conductores racionales desaceleren; los reguladores de un camión, tomando otro ejemplo, marcan la velocidad máxima a la que puede ir el conductor. La velocidad está restringida en parte por el mercado: la eficiencia en el consumo de gasolina cae conforme aumenta la velocidad, así que el precio de la gasolina limita indirectamente la velocidad. Y, finalmente, las normas de una comunidad pueden o no restringir la libertad para pisar el acelerador. Pasa a 90 Km/h por la escuela de tu propio barrio y es probable que los vecinos te castiguen. La misma norma no sería tan efectiva en una ciudad diferente o por la noche.

La reflexión final sobre este sencillo modelo debería estar también bastante clara: mientras que estas cuatro modalidades son analíticamente independientes, la leyes tienen un papel especial en tanto que afectan a las otras tres.[3] En otras palabras, en ocasiones las leyes operan para aumentar o disminuir las restricciones de una modalidad de acción determinada. De esta manera, las leyes pueden usarse para subir los impuestos de la gasolina, para incrementar así los incentivos para conducir despacio. Las leyes pueden usarse para exigir más badenes, para incrementar así la dificultad de conducir rápido. Las leyes pueden usarse para financiar anuncios que estigmaticen la conducción temeraria. O las leyes pueden usarse para exigir que

---

3 Al describir la forma en la que la ley afecta a las otras tres modalidades, no pretendo sugerir que estas no afecten a la ley. Obviamente sí que lo hacen. La única diferencia de la ley es que ella sola habla como si tuviera el derecho a cambiar conscientemente las otras tres. El derecho de las otras tres se expresa con mayor timidez. Véase Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999, pp. 90-95; Lawrence Lessig, «The New Chicago School», *Journal of Legal Studies*, June 1998.

otras leyes sean más estrictas —requisitos federales para que los estados bajen los límites de velocidad, por ejemplo—para disminuir así los atractivos de conducir rápido.



Estas restricciones, por lo tanto, pueden cambiar y pueden también cambiarse. Para comprender la protección efectiva de la libertad o la protección efectiva de la propiedad en un momento determinado, debemos rastrear estos cambios a través del tiempo. Una restricción impuesta en una modalidad puede ser borrada por otra. Una libertad hecha posible por una modalidad puede ser eliminada por otra.[4]

---

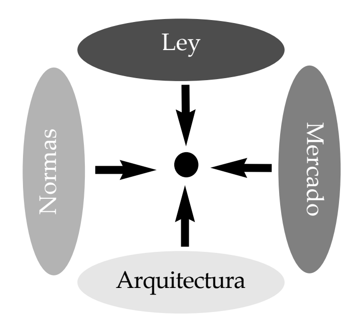
4 Algunos se oponen a esta forma de hablar sobre la «libertad». Se oponen porque su centro de atención, cuando consideran las restricciones que existen en un determinado momento, está exclusivamente en las restricciones impuestas por el gobierno. Por ejemplo, si una tormenta destruye un puente, esta gente piensa que no tiene sentido decir que se haya limitado la libertad de nadie. Las aguas se han llevado un puente por delante y es más difícil ir de un lado a otro. Hablar de esto como de una pérdida de libertad, dicen, es confundir la materia de la política con los caprichos de la vida cotidiana.

No pretendo negar el valor de esta visión más estrecha, que depende del contexto de estudio. Sin embargo, pretendo argumentar contra quien insista en que esta visión, más estrecha, es la única visión correcta de la libertad. Como ya argumenté en *El código*, venimos de una larga tradición de pensamiento político cuyo centro de atención es más amplio que la estrecha cuestión de lo qué hizo el gobierno en un determinado momento. John Stuart Mill defendió la libertad de expresión, por ejemplo, de la tiranía de las mentes estrechas, no del miedo a la persecución del gobierno; *John Stuart Mill, On* Liberty, Indiana, Hackett Publishing Co., 1978, 19 [ed. cast.: *Sobre la libertad*, Madrid, Tecnos, 2000]. John R. Commons defendió célebremente la libertad económica de la fuerza laboral frente a las restricciones impuestas por el mercado; John R. Commons, «The Right to Work», en Malcom Rutherford y Warren J. Samuels (eds.), *John R. Commons: Selected Essays*, Londres, Routledge, 1997, 62. La Ley de Estadounidenses con Discapacidades incrementa la libertad de la gente con discapacidades físicas modificando la arquitectura de determinados espacios públicos, facilitando su acceso; 42 *United States Code*, section 12101 (2000). Cada una de estas intervenciones para modificar las condiciones existentes modifica la libertad de un determinado grupo. El efecto de esas intervenciones debería tenerse en cuenta para comprender la libertad con la que de hecho puede contar cada uno de estos grupos.

Por qué Hollywood tiene razón

La idea más evidente que revela este modelo es precisamente por qué o, precisamente, cómo Hollywood tiene razón. Los guerreros del copyright han recurrido al Congreso y a los tribunales para defender el copyright. Este modelo nos ayuda a ver por qué recurrir a estas instancias tiene sentido.

Digamos que éste es el panorama de la regulación del copyright antes de Internet:

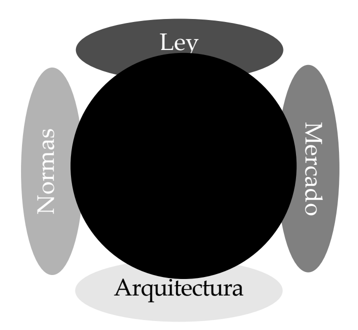


Existe un equilibrio entre las leyes, las normas, el mercado y la arquitectura. Las leyes limitan la capacidad de copiar y compartir contenidos, al imponer penas a aquellos que copian y comparten contenidos. Esas penas están reforzadas por tecnologías que dificultan hacer copias y compartir contenidos (la arquitectura) y encarecen el hecho de copiar y compartir contenidos (el mercado). Finalmente, esas penas están aliviadas por normas que todos reconocemos —chavales, por ejemplo, copiando en cintas los discos de otros chavales. Estos usos de materiales con copyright pueden suponer una violación del mismo, pero las normas de nuestra sociedad (antes de Internet, al menos) no tenían ningún problema con esta forma de violación.

En esto aparece Internet o, de modo más preciso, tecnologías como el MP3 y el intercambio p2p. En ese momento, las restricciones de la arquitectura cambian drásticamente, como también lo hacen las restricciones del mercado. Y al tiempo que tanto el mercado como la arquitectura relajan la regulación del copyright, las normas se acumulan. El feliz equilibrio (para los guerreros, al menos) de la vida antes de Internet se convierte en un verdadero estado de anarquía después de Internet.

De ahí el sentido y la justificación de la respuesta de los guerreros. La tecnología ha cambiado, dicen los guerreros, y el efecto de este cambio, cuando se ramifica a través del mercado y las normas, es que se ha perdido el equilibrio

en la protección de los derechos de los dueños de copyright. Esto es Irak después de la caída de Sadam, pero esta vez ningún gobierno justifica los saqueos subsiguientes.



Ni este análisis ni las conclusiones que siguen tienen nada de nuevo para los guerreros. De hecho, en un «Libro Blanco» preparado en 1995 por el Departamento de Comercio (equvalente en EE.UU. a un ministerio, y que estaba fuertemente influido por los guerreros del copyright), ya se había identificado esta composición de las modalidades de regulación y se había delineado una estrategia para responder a ella. Como respuesta a los cambios introducidos por Internet, el documento defendía que (1) el Congreso debería endurecer las leyes de propiedad intelectual, (2) las empresas deberían adoptar técnicas innovadoras de marketing, (3) los técnicos deberían esforzarse en desarrollar código que proteja los materiales con copyright y (4) los docentes deberían educar a los chavales parar proteger mejor el copyright.

Esta estrategia mixta era justo lo que el copyright necesitaba —si es que se quería preservar el equilibrio específico que existía antes del cambio causado por Internet. Y esto es justo lo que deberíamos esperar que impulsase la industria de contenidos. Es tan estadounidense como la tarta de manzana, considerar que la felicidad es un derecho y esperar que las leyes la protejan si es que algo viene a cambiarla. Los dueños de viviendas junto a ríos que se inundan no dudan en pedirle al gobiernos que las reconstruya (y que las vuelva a reconstruir) cuando una inundación (arquitectura) arrasa sus propiedades (leyes). Los granjeros no dudan en pedirle al gobierno que los ayude económicamente cuando un virus (arquitectura) destruye sus cosechas. Los sindicatos no dudan en pedirle al gobierno que los ayude económicamente cuando las importaciones (mercado) arruinan la industria siderúrgica estadounidense.

De manera que no hay nada malo o sorprendente en la campaña de la industria de contenidos para protegerse de las consecuencias perjudiciales de una innovación tecnológica. Y yo sería la última persona que defendiera

que la tecnología cambiante de Internet no ha tenido un profundo efecto en la forma de hacer negocios de la industria de contenidos, o, tal y como lo describe John Seely Brown, en su «arquitectura de ingresos».

Pero sólo porque un grupo con intereses específicos le pida apoyo al gobierno no se justifica que se conceda ese apoyo. Y sólo porque la tecnología haya debilitado una determinada forma de hacer negocio no se justifica que el gobierno deba intervenir para apoyar la antigua forma de hacer negocio. Kodak, por ejemplo, ha perdido quizás hasta un 20 % de su mercado tradicional de películas ante el mercado emergente de las cámaras digitales.[5]

¿Hay alguien que crea que el gobierno debería prohibir las cámaras digitales *para* apoyar a Kodak? Las autopistas han perjudicado el negocio del transporte de mercancías por ferrocarril. ¿Hay alguien que crea que el gobierno debería prohibir los camiones en las carreteras para proteger a los ferrocarriles? Acercándonos más al tema de este libro, los mandos a distancia han disminuido el «pegamento» de los anuncios televisivos (si aparece un anuncio aburrido, el mando hace que sea muy fácil cambiar de canal), y bien puede ser que este cambio haya debilitado al mercado de la publicidad televisiva. ¿Pero hay alguien que crea que deberíamos regular los mandos a distancia para fortalecer la televisión comercial? (¿Quizá limitando su funcionamiento a solamente una vez por segundo o a poder cambiar sólo diez canales por hora?)

La respuesta obvia a todas estas preguntas obviamente retóricas es no. En una sociedad libre, con un mercado libre, apoyado por la libre empresa y el libre comercio, el papel del gobierno no es el de apoyar una forma de hacer negocio frente a las demás. Su papel no es escoger a los ganadores y protegerlos contra las pérdidas. Si el gobierno hiciera esto de forma generalizada, entonces nunca habríamos progresado. Como escribió el presidente de Microsoft, Bill Gates, en 1991, en un memorando que criticaba las patentes de software, «las compañías asentadas en el mercado tienen interés en excluir a futuros competidores».[6] Y en relación a una empresa «startup», las compañías asentadas tienen también los medios para llevar a cabo esta exclusión. (Pensemos en la RCA y la radio FM) Un mundo en el que los competidores con ideas nuevas deben luchar no sólo con el mercado sino también con el gobierno es un mundo en el que los competidores con ideas nuevas no tendrán éxito. Es un mundo estático y de estancamiento cada vez más concentrado. Es la Unión Soviética bajo Breznev.

---

5 Véase Geoffrey Smith, «Film vs. Digital: Can Kodak Build a Bridge?» BusinessWeek online, 2 de agosto de 1999, disponible en el enlace #23. Para un análisis más reciente del lugar de Kodak en el mercado, véase Chana R. Schoenberger, «Can Kodak Make Up for Lost Moments?» Forbes.com, 6 de octubre de 2003, disponible en el enlace #24.

6 Fred Warshofsky, *The Patent Wars*, Nueva York, Wiley, 1994, pp. 170-71.

De manera que, mientras que es comprensible que las industrias amenazadas por las tecnologías que cambian la forman en la que hacen negocio le pidan apoyo al gobierno, es el deber especial de los legisladores garantizar que esta protección no se convierta en un obstáculo para el progreso. Es el deber de los legisladores, en otras palabras, asegurar que los cambios que generan, en respuesta a las peticiones de los perjudicados por una tecnología, sean cambios que preserven los incentivos y las oportunidades para la innovación y el cambio.

En el contexto de las leyes que regulan la libertad de expresión —las cuales incluyen, obviamente, las leyes sobre copyright— este deber es aún más fuerte. Cuando la industria que se queja de la tecnología le está pidiendo al Congreso que responda de una manera que impone cargas a la libertad de expresión y a la creatividad, los legisladores deben tener una especial cautela con esta petición. Para el Gobierno es siempre un mal acuerdo entrar a regular los mercados de expresión. Los riesgos y los peligros de este juego son precisamente la razón por la que los padres de nuestra Constitución crearon la Primera Enmienda: «El Congreso no hará ninguna ley [...] que recorte la libertad de expresión». Así que cuando se le pide al Congreso que apruebe leyes que «recortan» la libertad de expresión, debería preguntar —cuidadosamente— si semejante regulación está justificada.

Sin embargo, mis argumentos hasta ahora no tienen nada que ver con si los cambios que están impulsando los guerreros del copyright están «justificados». Mis argumentos tienen que ver con sus efectos. Porque antes de que entremos en la cuestión de la justificación, una cuestión difícil, que depende en gran medida de nuestros valores, debemos preguntarnos si comprendemos los efectos de los cambios que quiere la industria de contenidos.

Aquí está la metáfora que resume la argumentación que sigue.

En 1873, se sintetizó la molécula de DDT por primera vez. En 1948, el químico suizo Paul Hermann Müller ganó el Premio Nobel por su trabajo demostrando las propiedades insecticidas del DDT. Ya en la década de 1950, el insecticida era ampliamente usado por todo el mundo para matar insectos portadores de enfermedades. También se usaba para aumentar la producción agrícola.

Nadie duda de que matar insectos portadores de enfermedades o incrementar las cosechas es bueno. Nadie duda de que el trabajo de Müller fue importante y valioso y de que probablemente salvó vidas, probablemente millones de ellas.

Pero en 1962, Rachel Carson publicó *Primavera silenciosa*, en el que defendía que el DDT, a pesar de sus beneficios primarios, estaba teniendo también involuntarias consecuencias medioambientales. Los pájaros estaban perdiendo la capacidad de reproducirse. Se estaban destruyendo cadenas enteras de los ecosistemas.

Nadie se dedicó a destruir el medio ambiente. Paul Müller no tenía ciertamente el objetivo de dañar a ningún pájaro. Pero el esfuerzo por resolver una serie de problemas produjo otros que, en opinión de algunos, eran mucho peores que los problemas a los que se enfrentaron originalmente. O, de un modo más preciso, los problemas causados por el DDT eran peores que los problemas que resolvía, al menos cuando se consideraban las otras formas, menos dañinas para el medio ambiente, que existían para resolver los mismos problemas que el DDT pretendía resolver.

Ésta es precisamente la imagen a la que apela James Boyle, profesor de derecho de la universidad de Duke, cuando defiende que necesitamos «un movimiento ecologista» para la cultura.[7] Su idea, y la idea que quiero desarrollar en el equilibrio que propongo en este capítulo, no es que los objetivos del copyright estén equivocados. O que no se deba pagar a los autores por su trabajo. O que la música deba ofrecerse «gratuitamente». La idea es que algunas de las formas con las que podríamos proteger a los autores tendrían consecuencias involuntarias para el medio ambiente cultural, de una forma parecida a las que tuvo el DDT para el medio ambiente natural. E igual que la crítica al DDT no es una defensa de la malaria o un ataque a los agricultores, la crítica a una serie particular de regulaciones de protección del copyright no es tampoco una defensa de la anarquía o un ataque a los autores. Lo que buscamos es un medio ambiente que fomente la creatividad y deberíamos ser conscientes de los efectos de nuestras acciones en ese medio ambiente.

Mis argumentos, en el balance final de este capítulo, intentan delinear exactamente este efecto. Sin duda la tecnología de Internet ha tenido un efecto drástico en la capacidad de los dueños de copyright para proteger sus contenidos. Pero también deberían existir pocas dudas sobre el hecho de que, cuando sumas los cambios que las leyes del copyright tendrán con el tiempo y el cambio tecnológico que está experimentando la red ahora mismo, el efecto neto de esos cambios será no sólo que las obras con copyright estarán efectivamente protegidas. También, y esto es algo que generalmente no se tiene en cuenta, el efecto neto de este aumento masivo de la protección será devastador para la creatividad.

En una línea: para matar a un mosquito, estamos esparciendo DDT con consecuencias que para la cultura libre serán mucho más devastadoras que el que se escape este mosquito.

---

7 Véase, por ejemplo, James Boyle, «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?» *Duke Law Journal* 47 (1997), p. 87.

Principios

Estados Unidos copió las leyes inglesas de copyright. En realidad, las copiamos y las mejoramos. Nuestra Constitución deja claro el propósito de los derechos de «propiedad creativa»; expresas limitaciones refuerzan el objetivo inglés de evitar editores demasiado poderosos.

El poder de establecer derechos de «propiedad creativa» es garantizado por el Congreso de una forma que es, al menos para nuestra Constitución, muy extraña. El artículo I, sección 8, cláusula 8 establece que:

> El Congreso tiene el poder para promover el progreso de las Ciencias y las Artes útiles, asegurándoles, por tiempo limitado, a los autores e inventores, los derechos exclusivos sobre sus escritos y descubrimientos respectivamente.

Podemos llamarla la «Cláusula del Progreso», pues observa lo que esta cláusula no dice. No dice que el Congreso tenga el poder de conceder «derechos sobre la propiedad creativa». Dice que el Congreso tiene el poder de *promover el progreso*. La concesión de este poder es su objetivo, y este objetivo es público, no se trata de enriquecer a los editores, ni siquiera primariamente de recompensar a los autores.

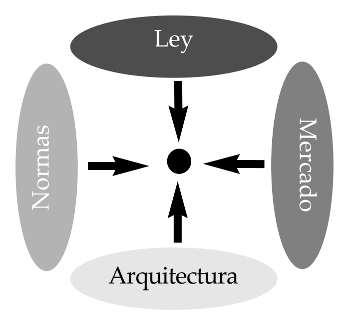
La Cláusula del Progreso limita expresamente el plazo de los copyrights. Como vimos en el capítulo 6, los ingleses limitaron el plazo del copyright para asegurarse así de que unos pocos no ejercerían un control desproporcionado sobre la cultura, ejerciendo un control desproporcionado sobre la publicación de contenidos. Podemos asumir que los padres de la Constitución siguieron a los ingleses por este mismo motivo. De hecho, a diferencia de los ingleses, reforzaron este objetivo al exigir que los copyrights se extendieran únicamente a «los autores».

El diseño de la Cláusula del Progreso refleja algo sobre el diseño general de la Constitución. Para prevenir un problema, sus autores construyeron estructuras. Para prevenir el poder concentrado de los editores, construyeron una estructura que mantenía los copyrights lejos de sus manos e hicieron que su plazo fuera corto. Para prevenir la concentración de poder en una iglesia, prohibieron que el gobierno federal estableciera una iglesia. Para prevenir la concentración de poder en manos del gobierno federal, construyeron estructuras que reforzaban el poder de los estados —incluyendo el Senado, cuyos miembros eran en ese tiempo escogidos por los estados, y un colegio electoral, también escogido por los estados, para elegir al presidente. En cada caso, una *estructura* construía restricciones y equilibrios en el marco constitucional, estructurado para prevenir concentraciones de poder que de otra forma serían inevitables.

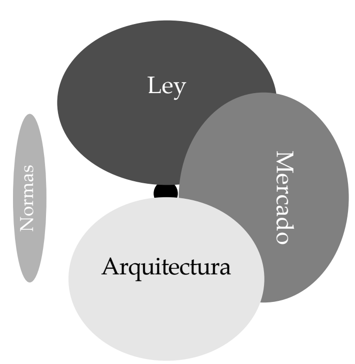
Dudo que hoy los autores de la Constitución pudieran reconocer la regulación que llamamos «copyright». El campo de acción de esa regulación va mucho más allá de cualquier cosa que alguna vez pudieran llegar a considerar. Para empezar a entender lo que hicieron, tenemos que poner nuestro «copyright» en contexto: tenemos que ver cómo ha cambiado en los 210 años que han pasado desde que se diseñó originalmente.

Algunos de estos cambios provienen de las leyes: algunos derivan de los cambios tecnológicos y algunos otros de los cambios de la tecnología dentro del marco de una determinada concentración de poder en el mercado. En los términos de nuestro modelo, empezamos aquí:

Terminaremos aquí:



Déjenme que explique cómo.



Leyes: duración

Cuando el primer Congreso promulgó leyes para proteger la propiedad creativa, se enfrentó a la misma incertidumbre acerca del estatus de la propiedad creativa al que los ingleses se habían enfrentado en 1774. Muchos estados habían aprobado leyes que protegían la propiedad creativa y algunos

creían que esas leyes simplemente suplementaban las leyes del derecho jurisprudencial que ya protegían la autoría creativa.[8] Esto significaba que en los Estados Unidos de 1790 no había un dominio público con garantías. Si los copyrights estaban protegidos bajo la jurisprudencia existente, entonces no existía una forma sencilla de saber si una obra publicada en los EE.UU. estaba bajo control o era libre. Igual que en Inglaterra, esta persistente incertidumbre dificultaba que los editores pudieran disponer de un dominio público para reimprimir y distribuir obras.

Esa incertidumbre terminó después de que el Congreso aprobara una legislación que concedía copyrights. Debido a que las leyes federales anulan cualquier legislación estatal en contra, las protecciones federales para las obras con copyright eliminaron cualquier protección estatal. Igual que en Inglaterra, el Estatuto de Ana significó, a la larga, que los copyrights para todas las obras inglesas acabarían expirando; un estatuto federal significaba que cualquier copyright estatal también expiraría.

En 1790, el Congreso promulgó la primera ley de copyright. Creó un copyright federal y lo aseguró por un plazo de catorce años. Si el autor estaba vivo al final de ese plazo, entonces podía optar a renovar el copyright por otros catorce. Si no lo renovaba, su obra pasaba al dominio público.

Si bien en EE.UU. se crearon muchas obras durante los primeros diez años de la nación, en realidad sólo el 5 % fueron registradas bajo el régimen federal de copyright. De todas las obras creadas en EE.UU., tanto antes de 1790 como entre 1790 y 1800, un 95 % pasó inmediatamente al dominio público; el resto pasaría al dominio público en veintiocho años como mucho y de forma más probablemente en catorce.[9]

Este sistema de renovación era una parte crucial del sistema estadounidense de copyright. Aseguraba que los plazos máximos de copyright se concedieran sólo en el caso de obras para las que tales plazos se solicitaran

---

[8] William W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Londres, Cambridge University Press, 1953, vol. 1, pp. 485-86: «Extinguiendo, por simple implicación de la "ley suprema del país", *los derechos a perpetuidad que los autores tenían, o que algunos suponían que tenían, bajo la jurisprudencia existente*» (las cursivas son mías).

[9] Aunque se publicaron 13.000 títulos en Estados Unidos entre 1790 y 1799, sólo se produjeron 556 registros de copyright; John Tebbel, *A History of Book Publishing in the United States*, vol. 1, *The Creation of an Industry, 1630-1865*, Nueva York, Bowker, 1972, p. 141. De las 21.000 impresiones de las que hay noticia antes de 1790, sólo doce fueron registradas con copyright según la ley de 1790; William J. Maher, *Copyright Term, Retrospective Extension and the Copyright Law of 1790 in Historical Context*, 7-10 (2002), disponible en el enlace #25. De este modo, la abrumadora mayoría de las obras caían inmediatamente en el dominio público. Incluso, las obras con copyright caían en el dominio público rápidamente, debido a que el plazo del copyright era corto. El plazo inicial del copyright era catorce años, con una opción de renovación por otros catorce más. Copyright Act of May 31, 1790, §1, 1 stat. 124.

expresamente. Después del plazo inicial de catorce años, si al autor no le valía la pena renovar el copyright, entonces tampoco le valía la pena a la sociedad insistir en el mismo.

Nos puede parecer que catorce años no es mucho, pero para la inmensa mayoría de dueños de copyright de la época era suficiente: sólo una pequeña minoría renovó su copyright después de catorce años; el equilbrio creado por los legisladores permitía que las obras pasaran al dominio público.[10]

Esta estructura tendría sentido incluso hoy en día. La mayoría de las obras creativas tienen una vida comercial real de sólo un par de años. La mayoría de los libros quedan descatalogados al año.[11] Cuando eso ocurre, se comercia con los libros usados de una forma que está libre de la regulación del copyright. De esta manera los libros ya no están *de facto* controlados por el mismo. El único uso comercial práctico de los libros en ese tiempo es vender los libros como libros de segunda mano; ese uso —debido a que no implica una publicación—es efectivamente libre.

En los primeros cien años de la República el plazo del copyright sólo se cambió una vez. En 1831 el plazo se incrementó de un máximo de veintiocho años a un máximo de cuarenta y dos, al aumentar el plazo inicial del copyright de catorce a veintiocho. En los siguientes cincuenta años sólo se aumentó el plazo una vez más. En 1909 el Congreso extendió el plazo de renovación de catorce a veintiocho años, marcando un término máximo de cincuenta y seis.

Después, comenzando en 1962, el Congreso ha iniciado una práctica que ha redefinido las leyes del copyright. En los últimos catorce años, el Congreso ha extendido los términos de los copyrights ya existentes once veces; en estos cuarenta años, en dos ocasiones, el Congreso extendió el plazo de los futuros copyrights. En 1976 el Congreso extendió todos los copyrights ya existentes en diecinueve años. Y en 1998, con la Ley de Extensión del Plazo del copyright de Sonny Bono, el Congreso extendió el plazo de los copyrights futuros y ya existentes en veinte años.

Los efectos de estas extensiones son simplemente la imposición de un peaje al paso de obras al dominio público o su retraso. Esta última extensión significa que el dominio público habrá sido «retenido en el peaje» durante

---

10 Pocos dueños de copyright decidieron renovar sus copyrights. Por ejemplo, de los 25.006 copyrights registrados en 1883, sólo 894 fueron renovados en 1910. Para un análisis, año por año, de las tasas de renovación, véase Barbara A. Ringer, «Study No. 31: Renewal of Copyright», *Studies on Copyright*, vol. 1, Nueva York, Practicing Law Institute, 1963, p. 618. Para un análisis más reciente y exhaustivo, véase William M. Landes and Richard A. Posner, «Indefinitely Renewable Copyright», *University of Chicago Law Review* 70 (2003), pp. 471 y 498-501 y las cifras que lo acompañan.

11 Véase Ringer, *op. cit.*, cap. 9, n. 2.

treinta y nueve años de los cincuenta y cinco anteriores, o el 70% del tiempo que ha transcurrido desde 1962. De esta manera, en los veinte años después de la Ley de Sonny Bono, mientras que un millón de patentes pasarán al dominio público, no lo hará ni un solo copyright en virtud de la expiración de su plazo.

El efecto de estas extensiones ha sido exacerbado por otra modificación en las leyes del copyright que apenas sí ha recibido atención. Recuerda que dije que los padres de la Constitución establecieron un régimen de copyright de dos partes, exigiendo que el dueño de un copyright lo renovara después de un primer plazo. El requisito de la renovación significaba que las obras que ya no necesitaran la protección del copyright pasarían más rápidamente al dominio público. La obras que continuaran estando protegidas serían aquéllas que siguieran teniendo valor comercial.

EE.UU. abandonó este sensato sistema en 1976. Para todas las obras creadas después de 1978 había solamente un plazo de copyright —el máximo plazo. Para los autores «naturales» ese plazo concluía con su muerte, más cincuenta años. Para las corporaciones el plazo era setenta y cinco años. Después, en 1992, el Congreso abandonó el requisito para todas las obras creadas antes de 1978. Todas las obras que aún tenían *copyright* recibirían el máximo plazo entonces disponible. Bajo la Ley de Sonny Bono ese plazo era de noventa y cinco años.

Este cambio significó que las leyes estadounidenses ya no tenían una forma automática de asegurar que las obras que ya no estaban siendo explotadas pasasen al dominio público. Y, de hecho, después de estos cambios, no está claro si es siquiera posible poner obras en el dominio público. El dominio público se queda huérfano a causa de estos cambios en las leyes del copyright. A pesar del requisito de que los plazos estén «limitados», no tenemos ninguna prueba de que nada vaya a limitarlos.

El efecto de estos cambios en la duración media del copyright es drástico. En 1973 más del 85% de los dueños de copyright no llegaban a renovarlo. Eso significaba que el plazo medio de copyright en 1973 era solamente 32.2 años. Debido a la eliminación del requisito de renovación, el plazo medio de copyright hoy en día es el plazo máximo. En treinta años, por lo tanto, el plazo medio se ha triplicado, de 32.2 años a 95 años.[12]

---

[12] Estas estadísticas están minimizadas. Entre los años 1910 y 1962 (el primer año en que se extendió el plazo de renovación), el plazo medio nunca fue superior a treinta y dos años, y tenía una media de treinta años. Véase Landes and Posner, «Indefinitely Renewable Copyright», *loc. cit.*

Leyes: ámbito

El «ámbito» de un copyright es la gama de derechos concedidos por las leyes. El ámbito del copyright estadounidense ha cambiado drásticamente. Esos cambios no han sido necesariamente malos. Pero deberíamos entender su magnitud si queremos mantener este debate dentro de contexto.

En 1790, ese ámbito era muy pequeño. El copyright cubría solamente «mapas, cartas de navegación y libros». Eso significaba que no cubría, por ejemplo, la música o la arquitectura. De un modo más significativo, el derecho concedido por un copyright le daba al autor el derecho exclusivo a «publicar» las obras con copyright. Eso significaba que alguien más violaba el copyright sólo si reimprimía la obra sin el permiso del dueño del copyright. Finalmente, el derecho concedido por un copyright era un derecho exclusivo sobre ese libro en particular. Ese derecho no se extendía a los que los abogados llaman «obras derivadas». Por lo tanto, no interferiría con el derecho de alguien, que no fuera el autor, a traducir un libro con copyright o a adaptar el libro a otra forma diferente (como un drama basado en un libro impreso).

Esto también ha cambiado drásticamente. Mientras que los contornos del copyright hoy en día son extremadamente difíciles de describir de una manera sencilla, en términos generales los derechos cubren prácticamente cualquier obra derivada que esté reducida a una forma tangible —cubren la música y la arquitectura, el teatro y los programas informáticos— le da al dueño del copyright de una obra creativa no sólo el derecho exclusivo a «publicar» la obra, sino también el derecho exclusivo a controlar cualquier «copia» de esa obra. Y de una forma más significativa para nuestros propósitos, este derecho le da al dueño del copyright el control ya no sólo sobre su obra en particular, sino también sobre cualquier «obra derivada» que pueda surgir a partir de la obra original. De este modo, el derecho cubre más obras creativas, protege la obra creativa de una manera más amplia, y protege obras que están basadas de una forma significativa en la obra creativa inicial.

Al mismo tiempo que el ámbito del copyright se ha extendido, las limitaciones de procedimiento para obtener este derecho se han relajado. Ya he descrito la eliminación total del requisito de renovación en 1992. Además del requisito de renovación, durante la mayoría de la historia de las leyes estadounidenses del copyright existía el requisito de que una obra tenía que registrarse antes de que recibiera la protección de un copyright. Existía también el requisito de que cualquier obra con copyright estuviera marcada con la famosa © o con la palabra copyright. Y durante la mayor parte de la historia de las leyes estadounidenses de copyright existía el requisito de que las obras fueran depositadas ante la administración pública antes de que se pudiera obtener un copyright.

La razón para el registro obligatorio era la comprensión razonable de que la mayoría de las obras no necesitaban copyright. Recordemos que en los primeros diez años de este país el 95% de las obras que podían obtener un copyright nunca se registraron. Así, la regla refleja la norma: aparentemente, la mayoría de las obras no necesitan *copyright*, de manera que el registro reducía la regulación de la ley a aquellas pocas que sí lo necesitaban. El mismo razonamiento justificaba el requisito de que una obra llevara la marca del copyright —de este modo era fácil saber si se reclamaba un copyright o no. El requisito de que se depositaran las obras era para asegurar que una vez que expirase el copyright habría una copia de la obra en algún sitio que pudiera ser copiada por otros sin tener que localizar al autor original.

Todas estas «formalidades» fueron abolidas en el sistema estadounidense, cuando decidimos seguir las leyes europeas de copyright. No existe el requisito de que registres una obra para obtener un copyright; ahora el copyright es automático; el copyright existe sin que importe si marcas tu obra con una © o no; y el copyright existe sin que importe si realmente te encargas de que haya una copia disponible para que otros la copien.

Consideremos un ejemplo práctico para entender la magnitud de estas diferencias.

Si en 1790 escribías un libro y estabas en ese 5% que realmente obtenía un copyright para ese libro, entonces las leyes del copyright te protegían contra la posibilidad de que otro editor tomara tu libro y lo reimprimiera sin tu permiso. El objetivo de este acto era regular a los editores, de manera que se previniera la competencia desleal. En 1790, había 174 editores en EE.UU.[13] La Ley de Copyright era por tanto una minúscula regulación para una minúscula parte del mercado creativo de Estados Unidos —los editores.

La obra dejaba a los demás creadores fuera de toda regulación. Si copiaba tu poema a mano, una y otra vez, como una forma de aprendérmelo de memoria, mis actos estaban totalmente fuera de la regulación de la ley de 1790. Si tomaba tu novela y hacía una obra de teatro basada en ella, o si la traducía o la resumía, ninguna de esas actividades estaba regulada por la ley original de copyright. Estas actividades creativas permanecían libres, mientras que las actividades de los editores estaban restringidas.

Hoy la historia es muy diferente. Si escribes un libro, tu libro está inmediatamente protegido. De hecho, no sólo tu libro. Cada e-mail, cada nota a tu esposa, cada garabato, *cada* acto creativo que es reducible a una forma

---

13 Véase Thomas Bender and David Sampliner, «Poets, Pirates, and the Creation of American Literature», 29 *New York University Journal of International Law and Politics,* 255 (1997), y James Gilraeth, ed., Federal Copyright Records, 1790-1800 (U.S. G.P.O., 1987).

tangible —todo esto tiene automáticamente copyright. No hace falta registrar o marcar tu obra. La protección sigue a la creación, no a los pasos que tomes para protegerla.

Esa protección te da el derecho (sujeto a una estrecha gama de excepciones por el *fair use*) a controlar la forma en que otros copian la obra, si la copian para volverla a publicar o para compartir un extracto.

Todo esto es la parte obvia. Cualquier sistema de copyright controlaría ediciones que compitieran con la original. Pero hay una segunda parte en el copyright de hoy en día que no es en absoluto obvia. Es la protección de los «derechos derivados». Si escribes un libro, nadie puede hacer una película de tu libro sin tu permiso. Nadie puede traducirlo sin tu permiso. CliffsNotes no puede hacer un resumen sin tu permiso. Todos estos usos derivados de tu obra original están controlados por el dueño del copyright. El copyright, en otras palabras, es ahora no sólo un derecho exclusivo sobre tus escritos, sino un derecho exclusivo sobre tus escritos y una proporción muy grande de los escritos que inspire.

Es este derecho derivado lo que les parecería más extraño a los padres de nuestra Constitución, aunque se haya convertido en una segunda naturaleza para nosotros. Inicialmente, esta expansión fue creada para enfrentarse a las obvias evasiones de un copyright más reducido. Si escribo un libro, ¿puedes cambiar una palabra y entonces reclamar un copyright para un libro nuevo y diferente? Obviamente eso sería una burla del copyright, así que la ley fue expandida apropiadamente para incluir esas leves modificaciones tanto como la obra original literal.

Al prevenir esta burla, las leyes crearon un poder asombroso sobre los mismos principios de una cultura libre —al menos, es asombroso cuando comprendes que la ley se aplica no sólo a los editores comerciales, sino a cualquiera con un ordenador. Comprendo lo que hay de malo en duplicar y vender la obra de otro. Pero sea cual sea *ese* mal, transformar la obra de otro es un tipo distinto de mal. Hay quien ve la transformación como algo que no está mal en absoluto —creen que nuestras leyes, tal y como las escribieron los padres de nuestra Constitución, no deberían proteger en absoluto los derechos derivados.[14]

Vayas o no tan lejos, parece claro que sea cual sea el mal presente en esto, es un mal fundamentalmente diferente al de la piratería directa.

---

14 Jonathan Zittrain, «The Copyright Cage», *Legal Affairs*, July/August 2003, disponible en el enlace #26.

Sin embargo, las leyes del copyright tratan estos dos males diferentes de la misma manera. Puedo ir a un tribunal y conseguir un mandato contra el hecho de que piratees mi libro. Puedo ir a un tribunal y conseguir un mandato contra la forma en que has usado mi libro para transformarlo.[15] Estos dos usos diferentes de mi obra creativa son tratados igual.

De nuevo, puede que esto te parezca bien. Si escribiera un libro, entonces ¿por qué habrías de poder escribir una película que toma mi historia y ganar dinero sin pagarme nada o sin reconocer mi autoría original? O si Disney crea una criatura llamada «Mickey Mouse», ¿por qué habrías de poder hacer juguetes de Mickey Mouse y ser el que comercie con el valor que Disney creó originalmente?

Éstos son buenos argumentos y, en general, mi idea no es que los derechos derivados no estén justificados. Mi objetivo ahora es propiamente mucho más reducido: simplemente quiero dejar claro que esta expansión es una modificación significativa con respecto a los derechos originalmente concedidos.

Ley y arquitectura: alcance

Mientras que originalmente la ley regulaba únicamente a los editores, el cambio en el ámbito del copyright significa que hoy en día las leyes regulan a los editores, usuarios y autores. Los regula porque cualquiera de los tres es capaz de hacer copias y el núcleo de la regulación de la ley del copyright son las copias.[16]

«Copias». Esto ciertamente suena como algo obvio que debe ser regulado por una ley de copyright. Pero como con el argumento de Jack Valenti al principio de este capítulo, el que esa «propiedad creativa» merece los «mismos

---

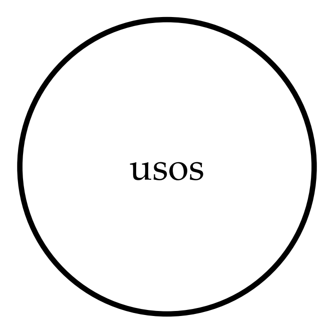
15 El profesor Rubenfeld ha presentado un convincente argumento constitucional sobre la diferencia que la ley del copyright debería dibujar (desde la perspectiva de la Primera Enmienda) entre las meras «copias» y las obras derivadas. Véase Jed Rubenfeld, «The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality», *Yale Law Journal* 112 (2002), pp. 1-60 (véase especialmente pp. 53-59).

16 Se trata de una simplificacion de la ley, pero no demasiado grande. Ciertamente, la ley regula algo más que las «copias» —una interpretación en público de una canción con copyright, por ejemplo, está regulada incluso si una interpretación en sí no crea una copia; 17 *United States Code*, section 106(4). Y ciertamente a veces no regula una «copia»; 17 *United States Code*, sección 112(a). Pero la presunción bajo la ley actual (que regula las «copias»; 17 *United States Code*, sección 102) es que si hay una copia, hay un derecho.

derechos» que cualquier otra propiedad, es una obviedad con lo que hemos de tener el máximo cuidado. Porque mientras que puede que sea obvio que, en el mundo antes de Internet, las copias fueran el motivo obvio para la ley de copyright, cuando reflexionamos sobre ello debería ser obvio que, en un mundo con Internet, las copias *no* deberían ser el motivo para una ley de copyright. De un modo más preciso, no deberían ser *siempre* el motivo para una ley de copyright.

Ésta es quizás la idea central de este libro, así que permitidme que vaya muy despacio en esto para que no se nos escape fácilmente. Mi idea es que Internet debería forzarnos, al menos, a volver a pensar las condiciones bajo las cuales la ley del copyright se aplica automáticamente,[17] porque está claro que el alcance actual del copyright nunca fue contemplado, y mucho menos escogido, por los legisladores que promulgaron la ley del copyright.

Podemos ver este punto de un modo abstracto comenzando con este círculo esencialmente vacío.



Piensa en un libro en el espacio real, e imagina que este círculo representa todos sus usos potenciales. La mayoría de estos usos no están regulados por las ley de copyright, porque los usos no crean una copia. Si lees un libro, ese acto no está regulado por la ley de copyright. Si se lo das a alguien, ese acto no está regulado por la ley de copyright. Si revendes el libro, ese acto no está regulado (la ley de copyright declara expresamente que después de la primera venta de un libro, el dueño del copyright no puede imponer ninguna condición más sobre las formas en las que un comprador dispone del mismo). Si duermes sobre el libro o lo usas para calzar una lámpara o dejas que tu perrito lo mastique, estos actos no están regulados por la ley del copyright, porque estos usos no crean una copia.

---

[17] Así, mi argumento no es que en cada espacio al que se extiende la ley del copyright debamos revocarla. Por el contrario, deberíamos tener un buen argumento para extenderla allí donde lo hace y no deberíamos determinar su alcance en función de los cambios arbitrarios y automáticos causados por la tecnología.



Obviamente, sin embargo, algunos usos de un libro con copyright están regulados por la ley del copyright. Reimprimir un libro, por ejemplo, crea una copia. Por lo tanto está regulado por la ley del copyright. De hecho, este uso en particular constituye el núcleo de este círculo de usos posibles de una obra con copyright. Es propiamente el uso paradigmático, regulado por la regulación del copyright (véase el siguiente diagrama).

Finalmente, hay una minúscula gama de usos que de otra forma estarían regulados por los usos que implican una copia, pero que permanecen sin regular porque la ley los considera «*fair uses*».



Estos usos implican, en sí mismos, la creación de copias, pero la ley los deja sin regular porque la política a favor del bien público exige que permanezcan así. Eres libre de citar partes de este libro, incluso en una reseña que sea muy negativa, sin mi permiso, incluso si esa cita crea una copia. Esa copia le daría habitualmente al dueño del *copyright* el derecho exclusivo a decir si se permite una copia o no, pero la ley le niega cualquier derecho exclusivo sobre semejantes «*fair uses*» por razones relativas al bien público (y posiblemente a la Primera Enmienda).



En el espacio real, por lo tanto, los usos posibles de un libro están divididos en tres tipos: (1) usos sin regular, (2) usos regulados, (3) usos regulados que, no obstante, se consideran «justos» sin que importe la opinión del dueño del *copyright*.

En esto aparece Internet —una red digital distribuida en el espacio en la que cada uso de una obra con copyright crea una copia.[18] Y debido a esta sola y arbitraria característica del diseño de una red digital, el ámbito de la categoría 1 se modifica drásticamente. Usos que previamente se suponía sin regular ahora se supone que están regulados. Ya no hay una serie de usos presuntamente no regulados que definan una libertad asociada con una obra con copyright. Por el contrario, cada uso está ahora sujeto al copyright, porque cada uso crea también una copia —la categoría 1 se ve absorbida por la categoría 2. Y aquellos que defenderían los usos no regulados de una obra con copyright deben recurrir exclusivamente a la categoría 3, *fair use*, que ahora ha de soportar la carga de este cambio.

---

18 No quiero decir «naturaleza» en el sentido de que no podría ser diferente, sino más bien en el sentido de que en su presente realización implica una copia. Las redes ópticas no necesitan hacer copias de los contenidos que transmiten y se podría diseñar una red digital que borrara cualquier cosa que se copiara de manera que permaneciera el mismo número de copias.

Así que aclaremos específicamente este punto general. Antes de Internet, si comprabas un libro y lo leías diez veces, no había ningún argumento razonable relacionado con el copyright que el dueño del mismo pudiera ofrecer para controlar el uso de su libro. La ley de copyright no tenía nada que decir acerca de si leías el libro una o diez veces, o cada noche antes de acostarte. Ninguna de esas instancias de uso —lectura— podía verse regulada por la ley del copyright porque ninguno de esos usos producía una copia.

Pero el mismo libro en formato e-book está efectivamente gobernado por una serie distinta de reglas. Si ahora el dueño del copyright dice que puedes leer el libro solamente una vez, o una vez al mes, entonces la *ley del copyright* ayudará al dueño del copyright a ejercer este grado de control, debido a la característica accidental de la ley del copyright que motiva su aplicación cada vez que hay una copia. Si ahora lees un libro diez veces y la licencia dice que sólo lo puedes leer cinco, entonces cada vez que lees el libro (o una parte de él) después de la quinta vez, estás haciendo una copia del libro en contra de los deseos del dueño del copyright.

Hay quien piensa que esto tiene todo el sentido del mundo. Mi objetivo ahora no es discutir si esto tiene sentido o no. Mi objetivo es sólo dejar claro el cambio. Una vez que veas esta idea, también quedarán claras otras ideas.

Primero, hacer que la categoría 1 desaparezca fue algo que nunca pretendieron los legisladores. El Congreso no pensó en el colapso de los usos de obras con copyright que se suponían no regulados. No hay prueba alguna de que los legisladores tuvieran esta idea en mente cuando permitieron que nuestra normativa se alterara de este modo. Los usos sin regular eran una parte importante de la cultura libre antes de Internet.

Segundo, este cambio es especialmente perturbador en el contexto de los usos transformadores del contenido creativo. De nuevo, todos podemos entender los males de la piratería comercial. Pero la ley pretende ahora regular *cualquier* transformación que hagas de una obra creativa usando una máquina. «Copiar y pegar» y «cortar y pegar» se convierten ahora en delitos. Modificar un relato y publicarlo para otros te expone al menos al requisito de ofrecer una justificación. Por muy perturbadora que sea la expansión del copyright con relación a la copia de una obra determinada, resulta extraordinariamente perturbadora con respecto a los usos transformadores de una obra creativa.

Tercero, este cambio de la categoría 1 a la 2 se carga extraordinariamente sobre la categoría 3 («*fair use*»), una carga que el *fair use* nunca antes tuvo que soportar. Si un dueño de copyright intentara ahora controlar cuántas veces puedo leer un libro en la Red, la respuesta natural sería argumentar que esto es una violación de mis derechos al *fair use*. Pero nunca ha habido ningún litigio sobre si tengo un derecho de *fair use* a leer, porque antes de Internet leer no motivaba la aplicación de la ley del copyright y por lo tanto

la necesidad de defenderse recurriendo al *fair use*. El derecho a leer estaba efectivamente protegido porque leer no estaba regulado.

Este punto sobre el *fair use* está siendo completamente ignorado, incluso por los defensores de la cultura libre. Nos han acorralado hasta el punto de que sólo podemos defender que nuestros derechos dependen del *fair use* —sin ni siquiera dedicarnos a discutir la cuestión anterior de la expansión de la regulación a todos los efectos. Una delgada protección basada en el *fair use* tiene sentido cuando la inmensa mayoría de los usos están *sin regular*. Pero cuando presuntamente todo se vuelve regulado, entonces no bastan las protecciones del *fair use*.

El caso de Video Pipeline es un buen ejemplo. Video Pipeline estaba en el negocio de los *trailers* de películas disponibles en las tiendas de video. Las tiendas los exhibían como una manera de vender videos. Video Pipeline obtenía los trailers de las distribuidoras cinematográficas, los grababa en cintas y vendía las cintas a las tiendas.

La compañía hizo esto durante quince años. Luego, en 1997, empezó a pensar en Internet como otra forma de distribuir estos avances. La idea era ampliar su técnica de «venta *by sampling*» ofreciendo a las tiendas *on line* la misma capacidad para hacer posible que se echase un vistazo a sus existencias. Igual que en una librería puedes leer varias páginas de un libro antes de comprarlo, también podrías echarle un vistazo *on line* a un fragmento de una película antes de comprarla.

En 1998, Video Pipeline informó a Disney y a otras distribuidoras que pretendía distribuir los trailers por Internet (en lugar de enviar cintas) a sus distribuidores de videos. Dos años después, Disney le dijo a Pipeline que dejara de hacerlo. El dueño de Video Pipeline le pidió a Disney que hablasen del asunto —había construido un negocio distribuyendo estos contenidos como una manera de ayudar a Disney a vender sus películas; tenía clientes que dependían de que él distribuyera estos contenidos. Disney estuvo de acuerdo con sentarse a hablar sólo si Video Pipeline frenaba completamente la distribución. Videpo Pipeline pensó que entraba dentro de sus derechos al *fair use* distribuir los *clips* que tenía. Así que presentaron una demanda para pedirle al tribunal que declarara que esos derechos eran en efecto sus derechos.

Disney respondió con otra demanda —por cien millones de dólares por daños y perjuicios. Esos daños se presentaron como el resultado de que Video Pipeline hubiera «violado voluntariamente» el copyright de Disney. Cuando un tribunal halla una violación voluntaria del copyright, puede conceder daños y perjuicios no a partir del daño real causado al dueño del copyright, sino a partir de una cantidad fijada en el estatuto al efecto. Dado que Video Pipeline había distribuido setecientos trailers de las películas de Diney para hacer posible que las tiendas de videos vendieran copias de esas películas, ahora Disney estaba demandando a Video Pipeline por cien millones de dólares.

Disney tiene el derecho de controlar su propiedad, por supuesto. Pero las tiendas que estaban vendiendo las películas de Disney también tenían algún derecho a poder vender las películas que le habían comprado a Disney. La reclamación de Disney en los tribunales era que se dejaba que las tiendas vendieran las películas y que se les permitía que confeccionaran listas de los títulos que vendían, pero no se les permitía mostrar segmentos de las películas sin permiso, como medio para venderlas.

Ahora bien, puede que pienses que éste es un caso que se ofrece a disputa y yo creo que los tribunales deberían considerarlo como tal. Mi intención aquí es delinear los cambios que le otorgan este poder a Disney. Antes de Internet, Disney no podía controlar verdaderamente cómo accedía la gente a sus contenidos. Una vez que el video entraba en el mercado, la «doctrina de la primera venta» liberaría al vendedor para usar el video como deseara, incluyendo la exhibición de partes de él con el fin de aumentar las ventas de la película. Pero con Internet, a Disney le resulta posible centralizar el control sobre el acceso a estos contenidos. Como cada uso de Internet crea una copia, el uso en Internet pasa a estar sujeto al control real del dueño del copyright. La tecnología expande el ámbito efectivo de control, ya que crea una copia dentro de cada transacción.

Sin duda, un uso potencial no es todavía un abuso y así el uso potencial para el control no es todavía un abuso de control. Barnes & Noble tiene el derecho a decir que no puedes tocar ni un solo libro de sus tiendas; las leyes de la propiedad les otorgan ese derecho. Pero el mercado protege efectivamente contra ese abuso. Si Barnes & Noble prohibiera hojear libros, entonces los consumidores escogerían otras librerías. La competencia nos protege de los extremos. Y bien pudiera ser (mi argumento no llega lo suficientemente lejos como para llegar siquiera a cuestionar esto) que la competencia previniese un peligro similar cuando se trata del copyright. Seguramente, los editores, ejerciendo los derechos que los autores les han asignado, pueden intentar regular cuántas veces puedes leer un libro o intentar impedir que compartas ese libro con nadie. Pero en un mercado en el que existe la competencia, como es el mercado del libro, los peligros de que esto ocurra son pequeños.

De nuevo, hasta aquí mi propósito es simplemente delinear los cambios posibilitados por esta arquitectura modificada. Permitir que la tecnología haga efectivo el control del copyright significa que el control del copyright ya no está definido por una política equilibrada. El control del copyright es simplemente lo que escogen los dueños privados. En algunos contextos, al menos, este hecho es inofensivo. Pero en otros es una receta para el desastre.

Arquitectura y ley: fuerza

La desaparición de usos sin regular ya sería un cambio bastante grande, pero un segundo e importante cambio, a causa de Internet, aumenta aún más su importancia. Este otro cambio no afecta al alcance de la regulación del copyright; sino a la manera en que se hace cumplir esta regulación.

En el mundo anterior a la tecnología digital, las leyes eran generalmente las que controlaban si y cómo se sometía cualquiera a la regulación de la ley de copyright. Las leyes, es decir, un tribunal; es decir, un juez, era, al final, un ser humano —educado en la tradición del derecho y conocedor de los equilibrios que esa tradición abraza— quien decía si y cómo las leyes debían restringir tu libertad.

Tenemos la famosa historia de la batalla entre los hermanos Marx y los hermanos Warner. Los Marx pretendían hacer una parodia de *Casablanca*. Los hermanos Warner (esto es, la Warner Bros.) les escribieron una carta extremadamente obscena, avisándoles de que tendrían serias consecuencias legales si seguían adelante con sus planes.[19]

Esto llevó a que los hermanos Marx les pagaran con la misma moneda. Avisaron a los hermanos Warner de que los hermanos Marx «eran hermanos mucho antes que ustedes».[20] Los hermanos Marx por los tanto eran dueños de la palabra *hermanos* y si la Warner Bros. (esto es, los «hermanos Warner») seguían insistiendo en controlar *Casablanca*, entonces los hermanos Marx seguirían insistiendo en controlar la palabra *hermanos*.

Una amenaza absurda y vacía, por supuesto, porque los hermanos Warner, como los hermanos Marx, sabían que ningún tribunal haría cumplir una reclamación tan tonta. Este extremismo era irrelevante para las libertades reales de las que cualquiera (incluyendo a los hermanos Warner) disfrutaba.

En Internet, sin embargo, no hay trabas a las reglas tontas, porque en Internet, y cada vez más, las reglas son cumplidas, no por seres humanos, sino por máquinas: de forma creciente las reglas de la ley de copyright, tal y como las interpreta el dueño del copyright, acaban inscritas en la propia tecnología que distribuye contenidos con copyright. Es el código, no la ley, quien manda. Y el problema con las regulaciones implementadas con código es que, a diferencia de la ley, el código no tiene vergüenza. El código no entendería el humor de los hermanos Marx. Las consecuencias no son en absoluto graciosas.

---

19 Véase David Lange, «Recognizing the Public Domain», *Law and Contemporary Problems*, 44 (1981), pp. 172-73.

20 *Ibidem*. Véase también Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, pp. 1-3.

Consideremos la vida de mi lector Adobe de *e-books* (libros digitales).

Un *e-book* es un libro distribuido en formato electrónico. Un *e-book* de Adobe no es un libro que Adobe haya publicado; Adobe simplemente produce el software que los editores usan para distribuir *e-books*. Proporciona la tecnología y el editor distribuye los contenidos usando la tecnología.

En la próxima página hay una imagen de una versión antigua de mi lector Adobe.

Como puedes ver, tengo una pequeña colección de libros digitales dentro de esta biblioteca digital. Algunos de estos libros reproducen contenidos que están en el dominio público: *Middlemarch*, por ejemplo, está en el dominio público. Algunos de ellos reproducen contenidos que no están en el dominio público: mi propio libro *The Future of Ideas* no está todavía en el dominio público.

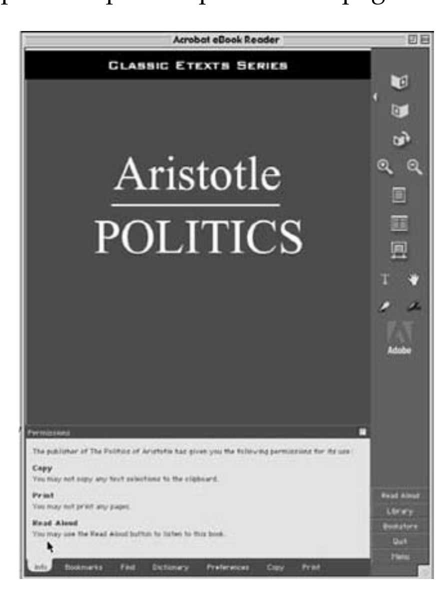
Consideremos primero *Middlemarch*. Si haces click en mi ejemplar digital de *Middlemarch*, verás una portada vistosa y luego un botón abajo del todo que dice Permisos.



Si haces click en el botón de Permisos, verás una lista de los permisos que el editor pretende conceder con este libro.



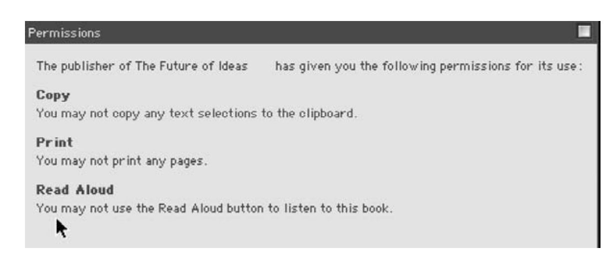
Según mi lector de *e-books*, tengo el permiso para copiar al «portapapeles» del ordenador diez extractos cada diez días. (Hasta ahora, no he copiado texto al portapapeles). También tengo permiso para imprimir diez páginas cada diez días. Finalmente, tengo permiso para usar el botón de Lee en Voz Alta para escuchar la lectura de *Middlemarch*.



Aquí está el ejemplar digital de otra obra en el dominio público (incluyendo la traducción): la *Política* de Aristóteles.

Según los permisos, no se permiten en absoluto ni la impresión ni la copia. Pero afortunadamente puedes usar el botón de Leer en Voz Alta para escuchar el libro.

Finalmente (y de un modo más vergonzoso), aquí están los permisos para el ejemplar digital original de mi último libro, *The Future of Ideas*:



Ni copias, ni impresiones, ¡y que ni se te ocurra escuchar este libro!

Ahora bien, el Lector de *e-books* de Adobe llama a estos controles «permisos» —como si el editor tuviera el poder de controlar cómo usas estas obras. Para las obras bajo copyright, ciertamente el dueño tiene este poder —dentro de los límites de la ley de copyright. Pero para las obras que no están bajo el régimen de copyright, no existe este poder de copyright.[21] Cuando mi ejemplar digital de *Middlemarch* dice que tengo permiso para copiar sólo diez extractos a la memoria del ordenador cada diez días, lo que realmente significa es que el Lector le ha permitido al editor que controle cómo uso el libro en mi propio ordenador, yendo mucho más allá de los controles que las leyes harían posibles.

Este control, por el contrario, viene del código —de la tecnología dentro de la cual «vive» el libro digital. Aunque el libro digital diga que éstos son permisos, no son el tipo de «permisos» con el que la mayoría de nosotros trata cada día. Cuando una adolescente consigue «permiso» para salir hasta medianoche, sabe (a menos que sea Cenicienta) que puede quedarse hasta las dos de la mañana, pero sabe también que la castigarán si la pillan. Pero cuando el Lector de Adobe dice que tengo permiso para hacer diez copias del texto en la memoria del ordenador, significa que cuando haya hecho diez copias, el ordenador no hará ninguna más. Lo mismo ocurre con las restricciones a las impresiones: después de diez páginas, el Lector no imprimirá ni una página más. Y lo mismo ocurre con la estúpida restricción que dice que no puedes usar el botón de Leer en Voz Alta para leer mi libro en voz alta —no se trata de que la compañía te demande si lo haces; más bien, si pulsas el botón de Leer en Voz Alta con mi libro, la máquina simplemente no lo leerá en voz alta.

Son *controles*, no permisos. Imagínate un mundo en el que los hermanos Marx vendieran procesadores de texto que, cuando intentases escribir hermanos Warner, borraran «hermanos» de la frase.

He aquí el futuro de las leyes de *copyright*: no tanto *leyes* de *copyright* como *código* de *copyright*. Los controles sobre el acceso a los contenidos no serán controles que estén ratificados por los tribunales; los controles sobre el acceso a los contenidos serán controles diseñados por programadores. Y si bien los controles que están inscritos en las leyes siempre serán comprobados por un juez, los controles inscritos en la tecnología no tendrán inserta una verificación semejante.

---

21 En principio, un contrato debería imponerme un requisito. Podrías, por ejemplo, comprarte un libro que incluya un contrato que dicta que sólo puede ser leído tres veces o que exija la promesa de leerlo sólo tres veces. Pero esa obligación (y los límites para crear semejante obligación) vendrían del contrato, no de la ley de copyright, y las obligaciones contractuales no necesariamente pasarían a cualquiera que comprara más tarde el libro.

¿Hasta qué punto importa esto? ¿No es siempre posible saltarse los controles insertados en la tecnología? Normalmente el software se vendía con tecnologías que limitaban la capacidad de los usuarios para hacer copias, pero derrotar esas protecciones era algo trivial. ¿Por qué no debería ser trivial derrotar también estas protecciones?

Solamente hemos arañado la superficie de esta historia. Volvamos al Lector de *e-books* de Adobe.

En los comienzos de la vida del Lector, Adobe sufrió una pesadilla en el campo de las relaciones públicas. Entre los libros que podías bajarte gratis de la página de Adobe había una copia de *Alicia en el país de las maravillas*. Este maravilloso libro está en el dominio público. Sin embargo, cuando hacías click en los Permisos para ese libro, te salía esta información:



He aquí un libro para niños en el dominio público que no podías copiar, ni prestar, ni dar ni, como indicaban los «permisos», ¡leer en voz alta!

La pesadilla en términos de relaciones públicas tenía que ver con ese último permiso. Porque el texto no decía que no podías usar el botón Leer en Voz Alta; decía que no podías leer el libro en voz alta. Eso hizo que alguna gente pensara que Adobe estaba restringiendo el derecho de los padres, por ejemplo, a leerles el libro a sus hijos, lo cual, como poco, parecía absurdo.

Rápidamente Adobe respondió que era absurdo pensar que estaba intentando restringir el derecho a leer el libro en voz alta. Obviamente sólo estaba restringiendo la capacidad de usar el botón de Leer en Voz Alta para hacer que el ordenador leyera el libro en voz alta. Pero la pregunta que Adobe no respondió nunca es ésta: ¿Por lo tanto, estaría Adobe de acuerdo en que los consumidores tuvieran la libertad para usar software que rompiera las restricciones insertas en el Lector de *e-books*? Si alguna compañía (digamos Elcomsoft) desarrollara un programa para desactivar la protección tecnológica inserta en un *e-book* de Adobe de manera que, por ejemplo, un invidente pudiera usar el ordenador para leer el libro en voz alta, ¿estaría Adobe de acuerdo con que ese uso del Lector era justo? Adobe no respondió porque la contestación, por absurdo que parezca, es negativa.

La idea no es echarle la culpa a Adobe. De hecho, Adobe está entre las compañías más innovadoras a la hora de desarrollar estrategias que equilibren un acceso abierto a los contenidos y los incentivos para que las compañías innoven. Pero la tecnología de Adobe posibilita el control y Adobe tiene un incentivo para defender este control. Este incentivo es comprensible, pero lo que resulta de él, es a menudo una locura.

Para ver este punto en un contexto particularmente absurdo, considera una de mis anécdotas favoritas, que postula la misma idea.

Piensa en el perro-robot fabricado por Sony que se llama «Aibo». Un Aibo aprende trucos, te abraza con amor y te sigue a todos sitios. Sólo come electricidad y no ensucia demasiado (al menos no en tu casa).

El Aibo es caro y popular. Fans de todo el mundo han creado clubs para intercambiar historias sobre él. Un fan en particular creó un sitio para hacer posible el intercambio de información sobre el Aibo. Este fan creó aibopet.com (y aibohack.com, aunque te reenvía al mismo sitio) y en esa página proporcionó información sobre como enseñarle al Aibo otros trucos además de los que Sony le había enseñado.

«Enseñar» en este contexto tiene un significado especial. Los aibos no son más que ordenadores muy monos. A un ordenador le enseñas a hacer algo programándolo de una manera diferente. Así que decir que aibopet.com estaba dando información sobre cómo enseñarle al perro a hacer trucos nuevos es igual que decir que aibopet.com estaba dándoles información a los usuarios de Aibo sobre cómo *hackear* su perro-computadora para que hiciera trucos nuevos (de ahí lo de aibohack.com).

Si no eres programador o no conoces a muchos programadores, la palabra *hack*[22] tiene connotaciones particularmente siniestras. Los no programadores cortan arbustos o malas hierbas. Pero para los programadores, o codificadores, como yo los llamo, *hack* es un término mucho más positivo. *Hack* sólo significa un código que permite que el programa haga algo que originalmente no se pretendía que hiciera, o que no podía hacer. Si compras una impresora nueva para un ordenador viejo, puede que te encuentres con que el viejo ordenador no reconoce la impresora. Si descubres esto, puede que más tarde te alegres de descubrir un «*hack*» en la Red, programado por alguien que ha escrito un *driver* para permitirle al ordenador que ejecute la impresora que acabas de comprarte.

Algunos *hacks* son fáciles. Algunos son increíblemente difíciles. A los hackers, en tanto comunidad, les gusta retarse entre sí y a la gente de fuera para

22 Es decir, cortar de tajo, con un hacha por ejemplo [N. del T].

hacer cosas cada vez más difíciles. Un cierto respeto acompaña al talento para «hackear» bien. Un respeto ganado merecidamente acompaña al talento para hackear de forma ética.

El fan del Aibo estaba desplegando un poco de los dos cuando hackeó el programa y le ofreció al mundo un pedazo de código que haría posible que el Aibo bailara jazz. El perro no estaba programado para bailar jazz. Fue el resultado de jugar inteligentemente con el código, lo que convirtió al perro en una criatura con más talentos que los que Sony le había dado.

He contado esta historia en muchos contextos, tanto dentro como fuera de Estados Unidos. Una vez un desconcertado miembro del público me preguntó si estaba permitido que un perro bailara jazz en EE.UU. Se nos olvida que historias de las zonas rurales más remotas recorren todavía el mundo. Así que déjenme aclararles una cosa antes de continuar: (ya) no es delito bailar jazz en ningún sitio. Ni tampoco debería ser delito (aunque no nos falta mucho para llegar a eso) enseñarle a tu perro-robot a bailar jazz. Bailar jazz es una actividad completamente legal. Uno se imagina que el dueño de aibopet.com pensó: *¿Qué problema puede haber en enseñar a bailar a un perro-robot?*

Dejemos descansar al perro un instante y dirijamos nuestra atención a un espectáculo de ponis —no literalmente a un espectáculo de ponis, sino más bien a una ponencia que un profesor de Princeton preparó para un congreso. Este profesor de Princeton es muy conocido y muy respetado. El gobierno lo contrató en el caso Microsoft para que comprobara la veracidad de las afirmaciones de esta compañía acerca de lo que se podía hacer o no con su propio código. En ese juicio demostró su inteligencia y sangre fría. Sometido al fuerte acoso de Microsoft, se mantuvo firme en sus conclusiones. No se iba a dejar intimidar para que se callara acerca de algo que conoce muy bien.

Pero la valentía de Felten se puso verdaderamente a prueba en abril de 2001.[23] Junto a un grupo de colegas estaba trabajando en una ponencia que iban a enviar a un congreso. El ensayo pretendía describir los puntos débiles de un sistema de encriptación que la Iniciativa para la música digital segura (SDMI en inglés) estaba desarrollando como técnica para controlar la distribución de música.

---

[23] Véase Pamela Samuelson, «Anticircumvention Rules: Threat to Science», *Science* 293 (2001), p. 2028; Brendan I. Koerner, «Play Dead: Sony Muzzles the Techies Who Teach a Robot Dog New Tricks», *American Prospect*, 1 de enero de 2002; «Court Dismisses Computer Scientists' Challenge to DMCA», *Intellectual Property Litigation Reporter*, 11 de diciembre de 2001; Bill Holland, «Copyright Act Raising Free-Speech Concerns», *Billboard*, 26 de mayo de 2001; Janelle Brown, «Is the RIAA Running Scared?» Salon.com, 26 de abril de 2001; Electronic Frontier Foundation, «Frequently Asked Questions about *Felten and USENIX v. RIAA* Legal Case», disponible en el enlace #27.

La coalición de la SDMI tenía como meta una tecnología que les permitiera a los dueños de contenidos ejercer un control mucho mayor que lo que la red de Internet original les había concedido. Usando la encriptación, la SDMI esperaba desarrollar un estándar que les permitiría a los dueños decir «esta música no se puede copiar» y lograr que un ordenador respetara esa orden. La tecnología iba a ser parte de un «sistema de informática de confianza» que haría que los dueños de contenidos confiaran mucho más en el sistema de Internet.

Cuando la SDMI pensó que estaba cerca de un estándar, organizó una competición. A cambio de proporcionar a los concursantes el código de una muestra de contenidos encriptados por la SDMI, los concursantes tenían que intentar romperlo y, si lo hacían, informar de los problemas al consorcio.

Felten y su equipo se hicieron rápidamente una idea del sistema de encriptado. Su equipo y él consideraron las debilidades de este sistema como perteneciente a un determinado orden: muchos sistemas de encriptación sufrirían del mismo fallo y Felten y su equipo pensaron que valdría la pena hacérselo ver a los que estudian encriptación.

Repasemos lo que estaba haciendo Felten. Una vez más, esto es Estados Unidos. Tenemos un principio que defiende la libertad de expresión. Tenemos este principio no sólo porque tiene rango de ley, sino porque es verdaderamente una gran idea. Una tradición de libertad de expresión fuertemente protegida es probable que dé pie a una amplia gama de discurso crítico. Este discurso es probable, a su vez, que mejore los sistemas o a la gente o a las ideas criticadas.

Lo que Felten y sus colegas estaban haciendo era hacer público en un artículo la descripción de fallos de una tecnología. No estaban difundiendo música gratis, o construyendo y desplegando esta tecnología. El artículo era una ponencia académica, ininteligible para la mayoría de la gente. Pero mostraba claramente la debilidad del sistema de la SDMI y las razones por las que la SDMI, tal y como estaba constituida, no podría tener éxito.

Lo que une a ambos, a aibopet.com y a Felten, es las cartas que recibieron. Aibopet.com recibió una carta de Sony sobre el hack de la página. Aunque un perro que baile jazz es perfectamente legal, Sony escribió:

> Su sitio contiene información que proporciona los medios para burlar los protocolos de protección del AIBO, lo que constituye una violación de las disposiciones anti-ruptura de sistemas de protección de la Digital Millenium Copyright Act.

Y aunque una ponencia académica que describe las debilidades de un sistema de encriptación debería ser también perfectamente legal, Felten recibió una carta de un abogado de la RIAA que decía:

> Cualquier revelación de información obtenida participando en el Reto Público estaría fuera de la gama de actividades permitidas por el Contrato y podría hacer que su equipo investigador y usted se sometieran a acciones legales bajo la Digital Millenium Copyright Act («DMCA»).

En ambos casos se invocaba esta ley extrañamente orwelliana para controlar la difusión de información. La Digital Millenium Copyright Act («Ley de *Copyright* del milenio digital») hacía que difundir esa información fuera un delito.

La DMCA fue promulgada como respuesta a los primeros miedos al ciberespacio de los dueños de copyright. El miedo era a que el control del *copyright* estuviera efectivamente muerto; la respuesta fue encontrar tecnologías que compensaran esta desaparición. Estas nuevas tecnologías serían tecnologías de protección del copyright —tecnologías que controlarían la réplica y distribución de materiales con copyright. Fueron diseñadas como *código* para modificar el *código* de Internet, para reestablecer alguna protección para los dueños del copyright.

La DMCA era una creación legal con el objetivo de respaldar la protección de este código diseñado para proteger materiales con copyright. Era, podríamos decir, código legal que tenía el objetivo de afianzar un *código informático* que en sí mismo tuviera el objetivo de apoyar el *código legal del copyright*.

Pero la DMCA no fue simplemente diseñada para proteger obras con copyright, en la misma medida con la que eran protegidas por la ley de copyright. Es decir, su protección no terminaba con el limite marcado por el copyright. La DMCA regulaba todo dispositivo que estuviera diseñado para saltarse medidas de protección del copyright. Estaba diseñada para prohibir esos dispositivos, sin que importara si el uso del material con copyright hecho posible por esa ruptura de la protección fuera un violación del copyright.

Aibopet.com y Felten lo dejan claro. El hack de Aibo se saltaba un sistema de protección de copyright con el propósito de permitir que el perro bailara jazz. Hacer posible esto implicaba, sin duda, el uso de materiales con copyright. Pero dado que el sitio aibopet.com no era comercial y que el uso no hacía posibles violaciones subsecuentes del copyright, no hay duda de que el hack de aibopet.com era *fair use* de los materiales con copyright de Sony. Sin embargo, el *fair use* no es una defensa contra la DMCA. La cuestión no es si el uso de materiales con copyright era una violación del copyright. La cuestión era si se había roto un sistema de protección de copyright.

La amenaza contra Felten era más leve, pero seguía la misma línea de razonamiento. Al publicar un artículo describiendo cómo podía romperse un sistema de protección de copyright, el abogado de la RIAA sugería que

el propio Felten estaba distribuyendo una tecnología para la desactivación de protecciones. Así, aunque él mismo no estaba violando el copyright de nadie, su ponencia académica capacitaba a otros para infringir el copyright de terceros.

La extrañeza de estos argumentos queda capturada en una viñeta dibujada en 1981 por Paul Conrad. En ese año, un tribunal en California había decidido que los reproductores de video deberían prohibirse porque eran una tecnología que violaba el copyright: permitía que los consumidores copiaran películas sin el permiso del dueño del copyright. Sin duda había usos de la tecnología que eran legales: Fred Rogers, conocido como Mr. Rogers, por ejemplo, había testificado en ese caso y afirmado que quería que la gente se sintiera libre de grabar *Mr. Rogers' Neighborhood*.

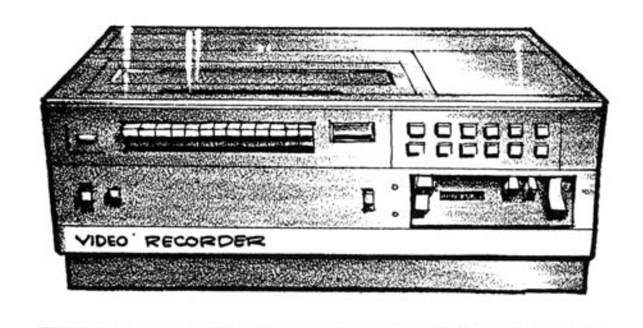
> Algunas emisoras públicas, igual que algunas emisoras comerciales, programan «Neighborhood» a horas a las que algunos niños no pueden verlo. Creo que es un verdadero servicio para las familias permitirles que graben esos programas y los muestren a un horario apropiado. Siempre he pensado que con la llegada de toda esta nueva tecnología que permite que la gente grabe «Neighborhood», y estoy hablando del «Neighborhood» porque es lo que produzco, entonces la gente se volvería mucho más activa en la programación del consumo familiar de televisión. Francamente, me opongo a que unas personas programen a otras. Todo mi acercamiento a la televisión siempre ha sido «eres alguien importante siendo de la manera que eres. Puedes tomar decisiones sanas». Quizás me estoy alargando, pero pienso que cualquier cosa que le permita a una persona tener un control más activo sobre su vida, de una forma sana, es importante.[24]

Aunque había usos que eran legales, debido a que había algunos usos que eran ilegales, el tribunal decidió que las compañías que producían reproductores de video eran responsables.

Esto llevó a que Conrad dibujara la siguiente tira cómica, que puede ser aplicada a la DMCA.

---

24 *Sony Corporation of America contra Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 fn. 27 (1984). Rogers nunca cambió de opinión respecto de los reproductores de video. Véase James Lardner, *Fast Forward: Hollywood, the Japanese, and the Onslaught of the VCR*, Nueva York, W. W. Norton, 1987, pp. 270-71.







TRADUCCIÓN TIRA: [Ejercicio de agudeza visual: «¿De cuál de estos dos productos han decidido los tribunales que son responsables los fabricantes y vendedores por haber proporcionado el equipo?» [*N. del T.*]

Ninguno de mis argumentos puede superar esta imagen, pero déjenme que lo intente.

Las disposiciones contra la ruptura de la protección instituidas por la DMCA tomaban como objetivos las tecnologías anti-protección. Estas tecnologías pueden usarse para fines diferentes. Pueden usarse, por ejemplo, para permitir el pirateo masivo de materiales con copyright —un mal fin. O pueden usarse para permitir el uso de determinados materiales con copyright de formas que se considerarían *fair use* —un buen fin.

Una pistola puede usarse para dispararle a un policía o a un niño. La mayoría estaría de acuerdo en que ese uso es malo. O una pistola puede usarse para practicar el tiro al blanco o para protegerse de un intruso en casa. Al menos algunos dirían que este uso sería bueno. Se trata también de una tecnología que tiene tanto usos buenos como malos.

La obvia intención de la viñeta de Conrad consiste en señalar cuan extraño es un mundo en el que las pistolas son legales, a pesar del daño que pueden causar, mientras que los reproductores de video (y las tecnologías anti-protección) son ilegales. ¡Flash informativo! *Nadie ha muerto jamás por la violación del copyright*. Sin embargo, las leyes prohíben absolutamente las tecnologías anti-copia, a pesar del potencial que tienen para producir cosas buenas, mientras que permite las pistolas, a pesar de mal obvio y trágico que producen.

Los ejemplos del Aibo y la RIAA demuestran cómo los dueños del copyright están cambiando el equilibrio que concede la ley de copyright. Usando código, los dueños de copyright restringen el *fair use*; usando la DMCA, castigan a aquellos que intentarían evadir las restricciones al *fair use* impuestas mediante el código. La tecnología se convierte en un medio para eliminar el *fair use*; la ley de la DMCA respalda esta eliminación.

Así es como el *código* se convierte en *ley*. Los controles insertados en la tecnología de protección de copia y de acceso se convierten en reglas cuya violación es también una violación de la ley. De esta forma, el código extiende la ley —aumentando su regulación, incluso si el objeto que regula (actividades que de otra forma se considerarían claramente *fair use*) está más allá del alcance de la ley. El código se convierte en ley; el código extiende la ley; el código extiende así el control que efectúan los dueños del copyright —al menos para esos dueños de copyright con abogados que saben escribir las obscenas cartas que recibieron Felten y aibopet.com.

Hay un último aspecto de la interacción entre la arquitectura y la ley que contribuye a reforzar la regulación del copyright. Es la facilidad con la que se pueden detectar las violaciones de la ley. Porque contrariamente a la retórica común —durante el nacimiento del ciberespacio— de que en Internet nadie sabe si eres un perro, debido al cambio de la tecnología desplegada, cada vez es más es fácil encontrar cualquier perro que haya cometido un delito. Las tecnologías de Internet están abiertas tanto a los espías como a las personas que comparten, pero los espías son cada vez mejores a la hora de rastrear la identidad de aquellos que violan las reglas.

Por ejemplo, imagina que eres miembro de un club de fans de Star Trek. Os reunís cada mes para intercambiar información trivial sobre la serie y quizás para representar algún tipo de ficción sobre el programa. Una persona podría representar a Spock, otra al Capitán Kirk. Los personajes podrían empezar con una trama de la serie televisiva y luego simplemente continuarla.[25]

Antes de Internet esto era, de hecho, una actividad totalmente no regulada. Da igual lo que ocurriera dentro de la sede del club, la policía del copyright nunca interferiría en vuestra actividad. Erais libres en ese espacio para hacer lo que quisierais con esa parte de nuestra cultura. Se os permitía basaros en ella tanto como quisierais, sin miedo alguno al control legal.

---

25 Para un análisis temprano que adivinaba múltiples aspectos de lo que vendría más tarde, véase Rebecca Tushnet, «Legal Fictions, Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law», *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 17 (1997), p. 651.

Pero si pudieras mover tu club a Internet e hicieras posible que de una forma general de otros se unieran a él, la historia sería muy diferente. *Bots* registrando la Red en busca de violaciones de los derechos de marca y de copyright encontrarían rápidamente tu sitio. Que publicaras tu ficción de aficionados podría muy bien inspirar la amenaza de un abogado, según cuál fuera el dueño de la serie en la que la ambientaras. Y de hecho ignorar la amenaza del abogado sería extremadamente costoso. La ley del copyright es extremadamente eficiente. Las penas son severas y el proceso es rápido.

Este cambio en la fuerza efectiva de la ley viene causado por un cambio en la facilidad con la que se la puede hacer cumplir. Ese cambio también modifica drásticamente el equilibrio legal. Es como si tu coche transmitiera la velocidad a la que viajas en todo momento en el que lo condujeras; eso sería sólo un paso previo antes de que el Estado empezara a imponer multas basándose en los datos que transmites. Esto es lo que de hecho está ocurriendo.

Mercado: concentración

De este modo, la duración del copyright ha aumentado drásticamente —se ha triplicado en los últimos treinta años. Y el ámbito del copyright también ha aumentado —de regular sólo a los editores, a regular ahora a todo el mundo. El alcance del *copyright* ha cambiado, dado que cada acto se convierte en una copia y por lo tanto se da por hecho que está regulado. Y conforme los técnicos encuentran formas mejores para controlar los usos de los contenidos y conforme el copyright se hace cumplir cada vez más por medio de la tecnología, la fuerza del copyright también se modifica. Los malos usos son más fáciles de encontrar y de controlar. La regulación del proceso creativo, que comenzó como una minúscula regulación que gobernaba una minúscula parte del mercado de las obras creativas, se ha convertido en el regulador individual de creatividad más importante que existe. Se trata de una expansión masiva del ámbito del control del gobierno sobre la innovación y la creatividad; sería completamente irreconocible para aquellos que dieron luz al control del copyright.

Y sin embargo, en mi opinión, todos estos cambios no importarían demasiado si no fuera por otro cambio que también debemos considerar. Un cambio que en cierto sentido es el que nos resulta más familiar, aunque su significación y magnitud no se comprenda bien. Es el cambio que precisamente genera los motivos para preocuparse por todos los otros cambios que he descrito ya.

Se trata de la tendencia a la concentración e integración de los medios audiovisuales. En los últimos veinte años, la naturaleza de la propiedad de los medios ha sufrido una alteración radical, causada por modificaciones en las reglas legales que gobiernan los medios de comunicación. Antes de que ocurriera este cambio, las diferentes ramas de los medios de comunicación eran propiedad de compañías separadas. Ahora son, de forma creciente, propiedad de un único puñado de compañías. De hecho, después de los cambios que la FCC promulgó en junio del 2003, la mayoría esperaba que en unos pocos años viviríamos en un mundo en el que sólo tres compañías controlarían más del 85 % de los medios de comunicación.

Estos cambios son de dos tipos: la magnitud de la concentración y su naturaleza.

Los cambios de magnitud son los más fáciles de describir. Tal y como el senador John McCain resumió los datos ofrecidos por el estudio de la FCC de la propiedad de los medios, «cinco compañías controlan el 85 % de nuestras fuentes mediáticas».[26] Las cinco grandes discográficas (Universal, BMG, Sony, Warner y EMI) controlan el 84.4 % del mercado de EE.UU.[27] Las «cinco principales compañías de cable difunden programación al 74 % de los subscriptores de cable en toda la nación».[28]

En lo que respecta a la radio el cambio es todavía más drástico. Antes de la liberalización, el conglomerado nacional de emisoras más grande del país poseía menos de setenta y cinco emisoras. Hoy en día *una* compañía posee más de 1.200 emisoras. Durante este periodo de concentración el número total de propietarios de radio descendió en un 34 %. Hoy en día, en la mayoría de los mercados, las dos emisoras más grandes controlan el 74 % de los ingresos de ese mercado. En conjunto, sólo cuatro compañías controlan el 90 % de todos los ingresos de publicidad del país.

La propiedad de los periódicos también se está concentrando. Hoy en día, en EE.UU., hay seiscientos diarios menos que hace ochenta años y diez compañías controlan la mitad de la distribución de todo el país. Hay veinte editores de periódicos importantes. Los diez estudios de cine más importantes reciben el 99 % de los ingresos. Las diez compañías de cable más grandes obtienen el 85 % de todo los ingresos de la televisión por cable.

---

26 FCC Oversight: Hearing Before the Senate Commerce, Science and Transportation Committee, 108th Cong., 1st sess., 22 de mayo de 2003 (declaración del senador John McCain).

27 Lynette Holloway, «Despite a Marketing Blitz, CD Sales Continue to Slide», *New York Times*, 23 de diciembre de 2002.

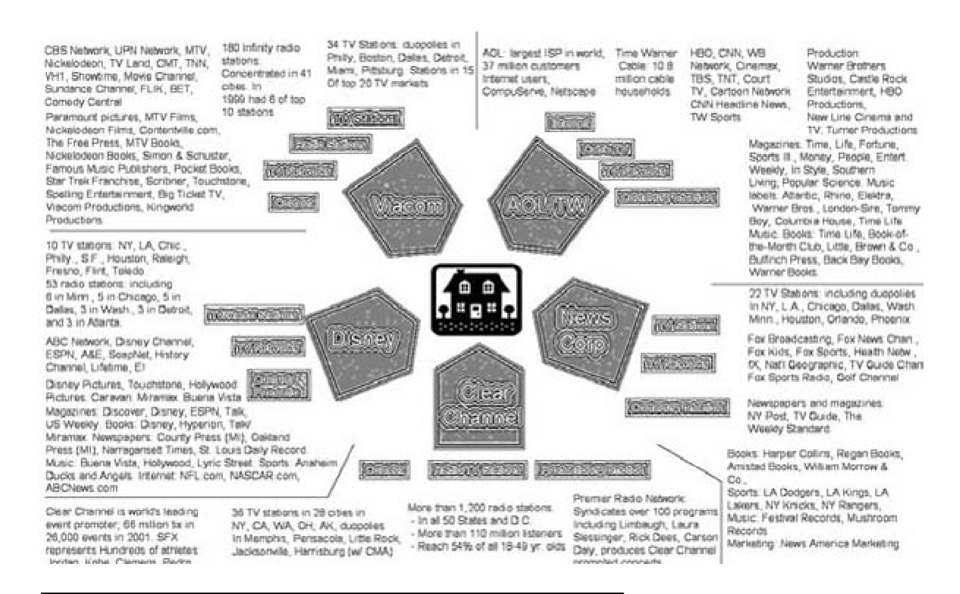
28 Molly Ivins, «Media Consolidation Must Be Stopped», Charleston Gazette, 31 de mayo de 2003.

Es un mercado que está muy lejos de la idea de libertad de prensa que los padres de la Constitución querían proteger. De hecho, es un mercado que está muy bien protegido —por el propio mercado.

Por sí misma, la concentración en términos de tamaño es una cosa. El cambio más odioso es la naturaleza de esa concentración. Como explicó James Fallows en un reciente artículo sobre Rupert Murdoch:

> Las compañías de Murdoch constituyen ahora un sistema de producción sin parangón en su nivel de integración. Suministran contenidos —las películas de Fox, los programas de Fox TV [...], emisiones deportivas controladas por Fox, más periódicos y libros. Venden estos contenidos al público y a los anunciantes —en periódicos, en la red de emisoras de televisión, en los canales de cable. Y gestionan el sistema de distribución física por medio del cual los contenidos llegan a los clientes. Ahora mismo, los sistemas de satélites de Murdoch distribuyen contenidos de News Corp. a Europa y Asia; si Murdoch se convierte en el dueño individual más grande de DirectTV, ese sistema servirá para la misma función en Estados Unidos.[29]

La pauta de Murdoch es la pauta de los medios de comunicación modernos. No sólo las grandes compañías poseen muchas emisoras de radio, sino unas pocas compañías poseen tantas ramas de los medios audiovisuales como sea posible. Una imagen describe esta pauta mejor que mil palabras:



29 James Fallows, «The Age of Murdoch», *Atlantic Monthly* septiembre de 2003, p. 89.

¿Importa esta concentración? ¿Afectará a lo que se produce o a cómo se distribuye? ¿O es meramente una manera más eficiente de producir y distribuir contenidos?

Mi opinión era que esta concentración no importaba. Pensaba que no era más que una estructura financiera más eficiente. Pero ahora, después de leer y escuchar a una avalancha de creadores intentando convencerme de lo contrario, estoy empezando a cambiar de opinión.

He aquí una historia representativa que comienza a sugerirnos cómo esta integración podría ser importante.

En 1969, Norman Lear creó un episodio piloto para *All in the Family*. Lo llevó a la ABC. A la emisora no le gustó. Demasiado avanzado y atrevido, le dijeron. Hazlo otra vez. Lear hizo un segundo programa piloto, más avanzado y atrevido que el primero. La ABC estaba exasperada. No te enteras, le dijeron a Lear. Lo querían menos atrevido, nada más.

En lugar de someterse, Lear sencillamente se llevó el programa a otra parte. La CBS se alegró de poder emitir la serie; ABC no pudo impedir que Lear se marchara. Los copyrights que poseía Lear le garantizaban la independencia del control de la emisora.[30]

La emisora no poseía esos copyrights debido a que la ley prohibía que las emisoras controlaran el contenido que sindicaban. La ley exigía la separación entre las emisoras y las productoras de contenidos; esa separación garantizaba la libertad de Lear. Y en una fecha tan tardía como 1992, debido a estas reglas, la inmensa mayoría de los programas en el horario de máxima audiencia —el 75 %— era contenido «independiente» de las emisoras.

En 1994 la FCC abandonó las reglas que exigían esta independencia. Después de ese cambio, las emisoras modificaron rápidamente la anterior situación de equilibrio. En 1985 había veinticinco productoras independientes de televisión; en 2002 sólo quedaban cinco. «En 1992 sólo el 15 % de las series nuevas eran producidas por una compañía bajo control de la emisora. El año pasado el porcentaje de programas producidos por compañías controladas se quintuplicó hasta llegar al 77 %». «En 1992 se produjeron 16 nuevas series independientemente del control de los conglomerados mediáticos, el año pasado sólo una».[31] En 2002 el 75 % de la televisión en horario de

30 Leonard Hill, «The Axis of Access», remarks before Weidenbaum Center Forum, «Entertainment Economics: The Movie Industry», St. Louis, Missouri, 3 April 2003 (transcripción de los comentarios de la historia de Lear disponibles en el enlace #28, no incluida en los comentarios preparados, véase el enlace #29).

31 NewsCorp./DirecTV Merger and Media Consolidation: Hearings on Media Ownership Before the Senate Commerce Committee, 108th Cong., 1st sess. (2003) (testimonio de Gene Kimmelman

máxima audiencia era propiedad de las emisoras que la distribuían. «En el periodo de diez años comprendido entre 1992 y 2002 el número de horas de televisión en horario de máxima audiencia producidas por los estudios de las emisoras aumentó en un 200%, mientras que las horas de televisión para el mismo horario producidas por estudios independientes disminuyó en un 63%».[32]

Hoy, otro Norman Lear con otra *All in the Family* se encontraría con la elección de o bien hacer el programa menos atrevido, o bien ser despedido: los contenidos de cualquier programa desarrollado para una emisora son de forma creciente propiedad de la misma.

Mientras que el número de canales se ha incrementado drásticamente, el número de propietarios de esos canales ha ido siendo cada vez menor. Como le dijo Barry Diller a Bill Moyers:

> Bueno, si tienes compañías que producen, que financian, que emiten en su canal y luego distribuyen en todo el mundo todo lo que pasa por el sistema de distribución que tienen bajo su control, entonces lo que tienes es cada vez menos voces que de verdad participan en el proceso. Solíamos tener docenas y docenas de prósperas productoras independientes que producían programas de televisión. Ahora tienes menos de un puñado.[33]

Esta reducción ha tenido efectos sobre lo que se produce. El producto de emisoras de televisión tan grandes y concentradas es cada vez más homogéneo. Cada vez más seguro. Cada vez más estéril. El producto de los programas informativos de las grandes emisoras está cada vez más adaptado al mensaje que la emisora quiere transmitir. No es que sea el partido comunista, aunque desde dentro se debe percibir un poco como el partido comunista. Nadie puede cuestionar nada sin arriesgarse a que haya consecuencias —no necesariamente el exilio a Siberia, pero un castigo no obstante. Las opiniones independientes, críticas, diferentes son aplastadas. Éste no es el medio ambiente adecuado para una democracia.

La propia ciencia de la economía ofrece un paralelismo que explica por qué esta integración afecta a la creatividad. Clay Christensen ha escrito sobre el «dilema del innovador»: el hecho de que las grandes empresas tradicionales

---

en nombre de Consumers Union and the Consumer Federation of America), disponible en el enlace #30. Kimmelman cita a Victoria Riskin, presidenta de Writers Guild of America, West, en sus Remarks at FCC En Banc Hearing, Richmond, Virginia, 27 de febrero de 2003.

32 *Ibidem*.

33 «Barry Diller Takes on Media Deregulation», *Now with Bill Moyers*, Bill Moyers, 25 de abril de 2003, transcripcción editada disponible en el enlace #31.

encuentran que es racional ignorar las nuevas tecnologías de vanguardia que compiten con sus principales negocios. El mismo análisis podría ayudar a explicar por qué las grandes compañías tradicionales de medios comunicación encuentran racional ignorar las nuevas tendencias culturales.[34] No es que los torpes gigantes no pueden arrancar a correr, es que ni siquiera deberían hacerlo. Sin embargo, si el campo sólo está abierto a los gigantes, habrá muy pocas carreras.

No creo que sepamos bastante sobre la economía del mercado de los medios de comunicación como para afirmar con certeza lo que harán la concentración y la integración. Los aspectos en los que son eficientes son importantes y el efecto sobre la cultura es difícil de medir.

Pero hay un ejemplo que es sustancialmente obvio y que sugiere de forma convincente que hay motivos para preocuparse.

Además de la guerra del copyright, estamos en mitad de la guerra contra la droga. La política del Gobierno está firmemente dirigida contra los cárteles de la droga; los tribunales criminales y civiles están completamente ocupados con las consecuencias de esta batalla.

Déjenme por tanto que me autodescalifique a la hora de conseguir un posible nombramiento para cualquier puesto en el gobierno, al decir que creo que esta guerra es un profundo error. No estoy a favor de las drogas. De hecho, vengo de una familia que fue destruida ya en una ocasión por las drogas —aunque las que destruyeron a mi familia eran todas legales. Creo que esta guerra es un profundo error porque los daños colaterales resultantes son tan grandes como para hacer que sea una locura. Cuando sumas las cargas sobre el sistema criminal de justicia, la desesperación de generaciones de chavales cuya única oportunidad económica real es como soldados de la droga, la corrupción de las protecciones constitucionales debida a la vigilancia constante que exige esta guerra y, de un modo más importante, la destrucción total de los sistemas legales de muchos países de América Latina, debido al poder de los cárteles locales de las drogas, me resulta imposible creer que el beneficio marginal de una reducción en el consumo de drogas por parte de los estadounidenses pueda superar los costes.

---

34 Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller that Changed the Way We Do Business*, Cambridge, Harvard Business School Press, 1997. Christensen reconoce que la idea la sugirió por primera vez la decana Kim Clark. Véase Kim B. Clark, «The Interaction of Design Hierarchies and Market Concepts in Technological Evolution», *Research Policy* 14 (1985), pp. 235-51. Para un estudio más reciente, véase Richard Foster y Sarah Kaplan, *Creative Destruction: Why Companies That Are Built to Last Underperform the Market —and How to Successfully Transform Them*, Nueva York, Currency/Doubleday, 2001.

Quizás no estés de acuerdo. Está bien. Vivimos en una democracia, y es por medio del voto como escogemos la política a desarrollar. Pero para hacer eso dependemos fundamentalmente de la prensa que ayuda a informar a los estadounidenses sobre estas cuestiones.

En 1998 la Oficina de la Política para el Control Nacional de la Droga lanzó una campaña mediática como parte de la «guerra contra la droga». La campaña produjo decenas de cortos cinematográficos sobre asuntos relacionados con las drogas ilegales. En una de las series (la serie de Nick y Norm) dos hombres están en un bar, discutiendo la idea de legalizar las drogas como una forma de evitar algunos de los daños colaterales de esa guerra. Uno avanza un argumento en favor de la legalización de las drogas. El otro responde de una forma convincente y efectiva en contra del argumento del primero. Al final, el primer tipo cambia de idea (ah, esto es la tele). El fondo del anuncio es un ataque irrecusable contra la campaña a favor de la legalización.

De acuerdo. Es un buen anuncio. No demasiado engañoso. Transmite bien su mensaje. Es un mensaje justo y razonable.

Pero digamos que piensas que es un mensaje equivocado y que te gustaría emitir un anuncio en contra. Digamos que quieres emitir una serie de anuncios que tratan de demostrar los extraordinarios daños colaterales que se derivan de la guerra contra las drogas. ¿Puedes hacerlo?

Bien, obviamente, estos anuncios cuestan mucho dinero. Asumamos que reúnes ese dinero. Asumamos que un grupo de ciudadanos preocupados dona todo el dinero del mundo para ayudarte a que transmitas tu mensaje. ¿Puedes estar seguro de que entonces se escuchara tu mensaje?

No. No puedes. Las emisoras de televisión tienen la política general de evitar los anuncios «polémicos». Los anuncios patrocinados por el gobierno se considera que no son polémicos; los anuncios que discrepan del gobierno son polémicos. Esta «selectividad» puede pensarse que está en desacuerdo con la Primera Enmienda, pero el Tribunal Supremo ha decidido que las emisoras tienen derecho a escoger lo que emiten. Así, los mayores canales de medios comerciales le negarán a una de las partes en este debate la oportunidad de presentar su punto de vista. Y los tribunales defenderán los derechos de las emisoras a ser parciales.[35]

---

[35] El Marijuana Policy Project, en febrero de 2003, buscaba insertar anuncios que directamente respondieran a la serie de Nick y Norm en emisoras dentro del área de Washington D.C. Comcast rechazó los anuncios como «contrarios a su política». La estación local afiliada a la NBC, WRC, rechazó los anuncios sin ni siquiera revisarlos. En un principio, la emisora local afiliada a la ABC, WJOA, accedió a emitir los anuncios y aceptó pagos por hacerlo, pero más tarde decidió no emitirlos y devolver los pagos recibidos. Entrevista con Neal Levine, 15 de octubre de 2003.

Estas restricciones, por supuesto, no están limitadas a la política sobre drogas. Por ejemplo, Nat Ives, «On the Issue of an Iraq War, Advocacy Ads Meet with Rejection from TV Networks»,

Yo también estaría satisfecho de defender los derechos de las emisoras —si viviera en un mercado mediático que fuera verdaderamente diverso. Pero la concentración de los medios de comunicación me hace dudar de que esa condición se cumpla. Si un puñado de compañías controla el acceso a los medios y si ese puñado decide que posiciones políticas va a permitir que se promuevan en sus canales, entonces la concentración preocupa de una manera obvia e importante. Puede que te guste la postura que escoge este puñado de compañías. Pero no debería gustarte un mundo en el que sólo unos pocos logran decidir de que temas vamos a lograr enterarnos los demás.

Todo junto

Hay algo inocente y obvio en la afirmación de los guerreros del *copyright* de que el gobierno debería «proteger mi propiedad». En teoría, esto es algo obviamente cierto y, de un modo habitual, totalmente inofensivo. Nadie en su sano juicio o que no sea anarquista estaría en desacuerdo.

Pero cuando vemos cuán drásticamente ha cambiado esta «propiedad» —cuando reconocemos que puede interactuar tanto con la tecnología como con los mercados, evidenciando las restricciones efectivas a la libertad de cultivar nuestra cultura— la afirmación empieza a parecer menos inocente y menos obvia. Dados (1) el poder de la tecnología para suplantar el control de la ley y (2) el poder de los mercados concentrados para reducir las oportunidades de discrepancia, si hacer cumplir estrictamente los inmensamente expandidos derechos de «propiedad» concedidos por el copyright modifica de modo fundamental la libertad dentro de esta cultura para cultivar el pasado y basarse en él, entonces tenemos que preguntarnos si no debería redefinirse esta propiedad.

No con rigidez. Ni completamente. Mi intención no es que debamos abolir el copyright o volver al siglo XVIII. Eso sería un completo error, desastroso para las iniciativas creativas más importantes que existen hoy en nuestra cultura.

New York Times, 13 de marzo de 2003, C4. Aparte del tiempo en antena relacionado con las elecciones, hay muy poco que la FCC o los tribunales tengan voluntad de hacer para igualar el campo de juego. Para un panorama general, véase Rhonda Brown, «Ad Hoc Access: The Regulation of Editorial Advertising on Television and Radio», *Yale Law and Policy Review* 6 (1988), pp. 449-79; y para un resumen más reciente de la posición de la FCC y los tribunales, véase *Radio-Television News Directors Association contra FCC*, 184 F. 3d 872 (D.C. Cir. 1999). Las autoridades municipales ejercen la misma autoridad que las grandes cadenas. Un ejemplo reciente en San Francisco; la empresa de transportes municipales rechazó un anuncio que criticaba sus autobuses diesel. Phillip Matier and Andrew Ross, «Antidiesel Group Fuming After Muni Rejects Ad», SFGate.com, 16 de junio de 2003, disponible en el enlace #32. El fundamento era que las críticas eran «demasiado polémicas».

Pero hay espacio entre el cero y el uno, a pesar de la cultura de Internet. Y estos masivos cambios en el poder efectivo de la regulación del copyright, ligados a la concentración creciente de la industria de contenidos y que descansan en las manos de una tecnología que permitirá cada vez más el control sobre el uso de la cultura, deberían llevarnos a considerar si es preciso otro ajuste. No un ajuste que incremente el poder del copyright. No un ajuste que aumente su plazo. Más bien, un ajuste con el fin de restaurar el equilibrio que ha definido tradicionalmente la regulación del copyright —un debilitamiento de esta regulación, que fortalecería la creatividad.

La ley del copyright no es el monte Everest. No se trata de una serie de obligaciones inamovibles que ahora, por misteriosas razones, se saltan los adolescentes y los *geeks*. Por el contrario, el poder del copyright ha crecido drásticamente en un corto periodo de tiempo, conforme se han ido modificando las tecnologías de distribución y creación, y conforme los grupos de presión han impulsado un mayor control por parte de los dueños de copyright. Los cambios en el pasado en respuesta a modificaciones tecnológicas sugieren que bien puede ser que necesitemos cambios semejantes en el futuro. Y estos cambios tienen que producir *reducciones* en el alcance del copyright, en respuesta al extraordinario aumento en el control que permiten la tecnología y el mercado.

Porque la idea que se pasa por alto en esta guerra contra los piratas es algo que sólo veremos una vez que hayamos repasado el alcance de estos cambios. Cuando sumas los efectos de una ley que cambia, de la concentración de los mercados y de una tecnología en proceso de cambio, se deduce una conclusión asombrosa: *nunca en nuestra historia, como hoy en día, ha tenido menos gente el derecho legal a controlar en un grado tan alto el desarrollo de nuestra cultura.*

No cuando los copyrights eran a perpetuidad, porque cuando los copyrights eran a perpetuidad, esto afectaban sólo a esa específica obra creativa regulada por los mismos. No cuando únicamente los editores tenían los instrumentos para publicar, porque el mercado era entonces mucho más diverso. No cuando había solamente tres cadenas de televisión, porque incluso entonces los periódicos, los estudios de cine, las estaciones de radio y los editores eran independientes de las cadenas. *Nunca antes* el copyright ha protegido una gama tan amplia de derechos, contra una gama tan amplia de agentes culturales, por un plazo que tuviera remotamente la longitud del actual. Esta forma de regulación —una minúscula regulación de una minúscula parte de la energía creativa de un país en el momento de su fundación— es ahora una regulación masiva de todo el proceso creativo. La ley más la tecnología

más el mercado interactúan ahora para convertir esta regulación históricamente benigna en la más significativa regulación de la cultura que nuestra sociedad libre haya conocido.[36]

HA SIDO UN CAPÍTULO largo. Ahora se puede exponer, brevemente, su idea central.

Al principio de este libro hice una distinción entre cultura comercial y cultura no comercial. En el curso de este capítulo he hecho la distinción entre copiar una obra y transformarla. Ahora podemos combinar estas dos distinciones y delinear un mapa claro de los cambios que ha sufrido la ley del copyright.

En 1790, la ley tenía esta apariencia:

	Publicación	Modificación
Comercial	©	Libre
No Comercial	Libre	Libre

El acto de publicar un mapa, una carta de navegación y un libro estaba regulado por la ley del copyright. Nada más. Las transformaciones eran libres. Y como el copyright sólo se aplicaba si se registraba la obra y sólo aquellos que se beneficiaban comercialmente hacían este registro, la copia por medio de la publicación de una obra comercial también era libre.

Hacia finales del siglo XIX, la ley había cambiado en algo así como esto:

	Publicación	Modificación
Comercial	©	©
No Comercial	Libre	Libre

Las obras derivadas estaban entonces reguladas por la ley del copyright —si se publicaban, lo cual, de nuevo, dada la economía de las publicaciones en ese tiempo, significaba que la obras se ofrecían comercialmente. Pero la publicación y la modificación no comercial eran todavía esencialmente libres.

En 1909 la ley cambió para regular la copia, no la publicación, y después de este cambio el ámbito de la ley quedó ligada a la tecnología. Conforme la

36 Siva Vaidhyanathan captura una idea similar en sus «cuatro capitulaciones» de la ley del copyright en la era digital. Véase Vaidhyanathan, *op. cit.*, pp. 159-60.

tecnología de copia se hizo predominante, el alcance de la ley se expandió. Así, para 1975, cuando las fotocopiadoras se hicieron algo corriente, podríamos decir que la ley empezó a parecerse a esto:

	Publicación	Modificación
Comercial	©	©
No Comercial	©/Libre	Libre

La ley fue interpretada de manera que alcanzara la copia no comercial por medio de, por ejemplo, fotocopiadoras, pero todavía gran parte de las copias hechas fuera del mercado comercial seguían siendo libres. Sin embargo, la consecuencia de la emergencia de las tecnologías digitales, especialmente en el contexto de una red digital, significa que ahora la ley tiene este aspecto:

	Publicación	Modificación
Comercial	©	©
No Comercial	©	©

Cada ámbito está gobernado por la ley de copyright, mientras que antes la mayor parte de la creatividad no tenía regulación alguna. La ley regula ahora el espectro completo de la creatividad —comercial o no, de modificación o no— con las mismas reglas diseñadas para regular a los editores comerciales.

El enemigo, obviamente, no es la ley de copyright. El enemigo es la regulación que no causa ningún bien. Así que la pregunta que deberíamos estar haciendo ahora mismo es si extender las regulaciones de la ley del copyright a cada uno de estos dominios produce verdaderamente algún bien.

No tengo duda alguna de que hace un bien al regular la copia comercial. Pero tampoco tengo duda de que produce muchos más daños que beneficios cuando regula (como regula ahora mismo) la copia no comercial y, especialmente, la modificación no comercial. Y crecientemente, por las razones esbozadas especialmente en los capítulos 7 y 8, uno puede muy bien preguntarse si no produce más daños que beneficios para las modificaciones comerciales. Se crearían más obras derivadas del original si los derechos sobre obras derivadas fueran severamente recortados.

La cuestión es, por lo tanto, no simplemente si el copyright es una propiedad. Desde luego que el copyright es un tipo de «propiedad», y desde luego que, como con la propiedad, el Estado debería defenderlo. Pero a pesar de las primeras impresiones, históricamente este derecho de propiedad (como con

todos los derechos de propiedad)[37] fue diseñado para establecer un equilibrio entre la importante necesidad de otorgar incentivos a los autores y a los artistas y la igualmente importante necesidad de asegurar el acceso a las obras creativas. Este equilibrio siempre se ha llevado a cabo a la luz de las nuevas tecnologías. Y durante casi la mitad del tiempo que dura nuestra tradición, el copyright no controlaba *en absoluto* la libertad de otros para transformar o basarse en una obra creativa. La cultura estadounidense nació libre y durante casi 180 años nuestro país protegió sistemáticamente una rica y vibrante cultura libre.

Hemos logrado esa cultura libre debido a que nuestras leyes imponían límites al alcance de los intereses protegidos por esa «propiedad». El propio nacimiento del «copyright» como un derecho estatutario reconocía esos límites, al conceder protección a los dueños del copyright sólo por un tiempo limitado (la historia del capítulo 6). La tradición del «*fair use*» está animada por una preocupación similar que está cada vez más bajo presión, conforme los costes de ejercer cualquier derecho de *fair use* se hacen inevitablemente altos (la historia del capítulo 7). Añadir derechos estatutarios allá donde los mercados asfixiarían la innovación es otro límite familiar a ese derecho de propiedad que es el copyright (capítulo 8). Y conceder a archivos y bibliotecas una amplia libertad para recopilar materiales, a pesar de las reclamaciones de propiedad, es parte crucial de garantizar la conservación del alma de una cultura (capítulo 9). Las culturas libres, como los mercados libres, están construidos sobre la propiedad. Pero la naturaleza de la propiedad que construye una cultura libre es muy diferente de la visión extremista que hoy domina el debate.

La cultura libre es cada vez más la víctima de esta guerra contra la piratería. En respuesta a una amenaza real, aunque no cuantificada, que presentan las tecnologías de Internet a los modelos de negocio del siglo XX para producir y distribuir cultura, las leyes y las tecnologías se están transformando de una manera que socavará nuestra tradición de cultura libre. El derecho de propiedad, que es el copyright, ya no es el derecho equilibrado que fue o que se quiso que fuese. El derecho de propiedad, que es el copyright, se ha vuelto desequilibrado, inclinado hacia un extremo. La oportunidad de crear y transformar queda debilitada en un mundo en el que la creación requiere pedir permiso y en el que la creatividad tiene que consultar con su abogado.

---

[37] La contribución individual más importante del movimiento del realismo legal fue demostrar que todos los derechos de propiedad son siempre diseñados para equilibrar los intereses públicos y privados. Véase Thomas C. Grey, «The Disintegration of Property», en *Nomos XXII: Property*, J. Roland Pennock y John W. Chapman (eds.), Nueva York, New York University Press, 1980.

Parte III. Rompecabezas

11. *Quimera*

En un cuento muy conocido de H.G. Wells, un montañero llamado Nunez [sic] tropieza (literalmente, en una ladera cubierta de hielo) y resbala hasta un valle aislado y desconocido en los Andes peruanos.[1] El valle es extraordinariamente hermoso, con «agua dulce, pastos, un clima moderado, laderas de rico suelo marrón con marañas de un arbusto que daba un fruto excelente». Pero sus habitantes son todos ciegos. Nunez toma esto como una oportunidad: «En el país de los ciegos», se dice a sí mismo, «el tuerto es el rey». Así que decide vivir con los habitantes del valle para explorar la vida como rey.

Las cosas no van como había planeado. Intenta explicar la idea de la visión a los habitantes. No la entienden. Les dice que son «ciegos». En su vocabulario no tienen la palabra «ciego». Piensan que simplemente es tonto. De hecho, a medida que van notando, cada vez más, las cosas que no puede hacer (oír el ruido de la hierba cuando se pisa, por ejemplo), empiezan a intentar controlarlo. A su vez, él se siente cada vez más frustrado. «"No entienden" gritó, con una voz que quería que fuese grande y resuelta, y que luego se quebró. "Ustedes son ciegos y yo puedo ver. ¡Déjenme tranquilo!"»

Los habitantes del pueblo no le dejan tranquilo. Ni tampoco ven (por así decir) las virtudes de su poder especial. Ni siquiera el objeto último de su afecto, una joven que a él le parece «la cosa más hermosa de toda la creación», comprende la belleza del sentido de la vista. La descripción de Nunez de lo que ve «a ella le parecía la más poética de las fantasías y escuchaba sus descripciones de las estrellas y las montañas y su propia belleza como si fueran un placer culpable». «Ella no creía en él», nos dice Wells, y «podía entender sólo a medias, pero estaba misteriosamente encantada».

---

[1] H. G. Wells, «The Country of the Blind» (1904, 1911). Véase H. G. Wells, *The Country of the Blind and Other Stories*, Michael Sherborne (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1996.

Cuando Nunez anuncia su deseo de casarse con su amada «misteriosamente encantada», el padre y el pueblo se oponen. «Ya ves, querida hija», le instruye su padre, «es un idiota. Tiene engañosas ilusiones. No puede hacer nada bien». Llevan a Nunez al médico del pueblo.

Después de un examen cuidadoso, el médico da su opinión: «Su cerebro está afectado», informa.

«¿Qué lo afecta?», pregunta el padre.

«Esas cosas extrañas que se llaman ojos... están enfermos... de tal manera que afectan a su cerebro».

El médico continúa: «Creo que podemos decir con razonable certeza que para curarlo por completo, todo lo que tenemos que hacer es una sencilla y fácil operación quirúrgica —es decir, extirpar esos cuerpos, origen de la irritación».

«¡Gracias a Dios por la ciencia!», le dice el padre al medico. Informan a Nunez de que ésta es la condición necesaria para que pueda conseguir a su prometida. (Tendrás que leer el original para enterarte de que ocurre al final. Creo en la cultura libre, pero no en revelar el final de una historia).

A VECES OCURRE que los embriones de dos gemelos se fusionan en el útero. Esa fusión produce una «quimera». Una quimera es una criatura única con dos series de ADN. El ADN en la sangre, por ejemplo, puede ser diferente del ADN en la piel. Esta posibilidad no ha sido todavía usada en la trama de una novela de misterio. «Pero el ADN muestra con una certeza del 100 % que ella no es la persona cuya sangre apareció en la escena del crimen».

Antes de haber leído sobre quimeras, habría dicho que eran imposibles. Una persona no puede tener dos series de ADN. La propia idea del ADN es que es el código de un solo individuo. Sin embargo, de hecho no es que sólo dos individuos pueden tener el mismo ADN (gemelos), sino que una persona puede tener dos series distintas de ADN (una quimera). Nuestra concepción de una «persona» debería reflejar esta realidad.

Cuanto más trabajo para entender la lucha actual sobre el copyright y la cultura, a la cual a veces llamo injustamente, y a veces no tanto, las «guerras del copyright», más pienso que estamos enfrentándonos a una quimera. Por ejemplo, en la batalla sobre la cuestión de «¿qué es el intercambio de ficheros p2p?» ambas partes aciertan y ambas partes se equivocan. Una parte dice: «El intercambio de ficheros es como si dos chavales se grabasen sus discos el uno al otro —el tipo de actividad que hemos estado haciendo

durante los últimos treinta años sin que nos preguntasen nada». Eso es verdad, al menos en parte. Cuando le pido a mi mejor amigo que escuche un nuevo CD que acabo de comprar, pero en vez de enviarle el CD dirijo a mi amigo a mi servidor p2p, esto es, a todos los efectos relevantes, lo mismo que todos los ejecutivos de todas las discográficas sin duda hicieron cuando eran críos: compartir música.

Pero esta descripción también es falsa en parte. Porque cuando mi servidor p2p está en una red p2p a través de la cual cualquiera puede acceder a mi música, entonces sí, seguro, mis amigos pueden tener acceso, pero decir que «mis diez mil mejores amigos» pueden tener acceso estira el significado de «amigos» hasta hacerlo irreconocible . A pesar de que compartir mi música con mi mejor amigo sea algo que «siempre hemos podido hacer», no siempre hemos podido compartir música con «nuestros diez mil mejores amigos».

Igualmente, cuando el otro bando dice: «El intercambio de ficheros es lo mismo que entrar en Tower Records, tomar un CD de una estantería y largarse con él», eso es cierto, al menos en parte. Si yo, cuando Lyle Lovett (por fin) lanza un nuevo álbum, voy a Kazaa en lugar de comprarlo y me descargo una copia gratis, eso es muy parecido a robar una copia en Tower Records.

Pero no es lo mismo que robar en Tower Records. Después de todo, cuando me llevo un CD de Tower Records, Tower tiene un CD menos a la venta. Y cuando me llevo un CD de Tower Records, obtengo un pedazo de plástico y una portada y algo que mostrar en mis estanterías. (Y ya que estamos con esto, podríamos también llamar la atención sobre el hecho de que si me llevo un CD de Tower Records, la máxima multa que me pueden imponer, al menos bajo las leyes de California, es mil dólares. Por el contrario, y según la RIAA, si me descargo un CD con diez canciones, me pueden demandar por daños y perjuicios por valor de millón y medio).

La idea no es que la situación sea distinta a como la describe ninguno de los bandos. La idea es que es lo que ambos dicen —tal y como la RIAA y como Kazaa la describen— es una quimera. Y en lugar de negar simplemente lo que la otra parte afirma, tenemos que empezar a pensar en cómo deberíamos responder a esta quimera. ¿Qué reglas deberían gobernarla?

Podríamos responder simplemente pretendiendo demostrar que no se trata de una quimera. Podríamos, con la RIAA, decidir que cada acto de intercambio de ficheros debería ser un delito. Podríamos perseguir familias por millones de dólares de daños sólo porque se intercambiaron ficheros desde el ordenador familiar. Y podríamos conseguir que las universidades vigilaran todo el tráfico de sus ordenadores, para asegurar así que

ninguno de ellos se está usando para cometer este delito. Estas respuestas serían extremas, pero cada una de ellas ya ha sido propuesta o implementada en la realidad.[2]

Alternativamente, podríamos responder al intercambio de ficheros de la manera en la que muchos chavales actúan, como si ya hubiéramos respondido. Podríamos legalizarlo por completo. Que no haya ninguna responsabilidad legal por violación del copyright, ni civil ni criminal, por poner a disposición en la Red materiales con copyright. Que el intercambio de ficheros sea como el cotilleo: regulado, como mucho, por normas sociales pero no por la ley.

Cualquiera de las dos respuestas es posible. Creo que ambas serían un error. En lugar de abrazar uno de los dos extremos, deberíamos abrazar algo que reconozca la verdad contenida en ambos. Y mientras que termino este libro con un esbozo de un sistema que hace exactamente eso, mi objetivo en el capítulo siguiente es mostrar cuán horrible sería que adoptáramos el extremo de la tolerancia cero. Creo que *cualquier* extremo sería peor que una alternativa razonable. Pero creo que la solución de la tolerancia cero sería el peor de los dos extremos.

Sin embargo, la tolerancia cero es cada vez más la política de nuestro gobierno. En mitad del caos que Internet ha creado, está teniendo lugar una extraordinaria apropiación de tierras. Se están cambiando la ley y la

---

2 Para un resumen excelente, véase el informe preparado por GartnerG2 y el Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School, «Copy-right and Digital Media in a Post-Napster World», 27 de junio de 2003, disponible en el enlace #33. Los congresistas John Conyers Jr. (D-Mich.) y Howard L. Berman (D-Calif.) han introducido un proyecto de ley que trataría la copia on-line no autorizada como un delito criminal, con penas que podrían llegar a cinco años de prisión; véase Jon Healey, «House Bill Aims to Up Stakes on Piracy», *Los Angeles Times*, 17 de julio de 2003, disponible en el enlace #34. Las penas civiles están fijadas en la actualidad en 150.000 dólares por canción copiada. Para un desafío legal más reciente (y fracasado) a la demanda de la RIAA de que un ISP revele la identidad de un usuario acusado de compartir más de 600 canciones a través de un pc, véase *RIAA contra Verizon Internet Services (In re. Verizon Internet Services)*, 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003). Un usuario semejante podría enfrentarse a responsabilidades legales que podrían llegar a 90 millones de dólares. Semejantes cifras astronómicas le proporcionan a la RIAA un poderoso arsenal en su persecución a quienes intercambian ficheros. Acuerdos que van de 12.000 a 17.000 dólares para cuatro estudiantes acusados de intercambio masivo de ficheros en redes universitarias deben haber parecido una bagatela al lado de los 98.000 millones que la RIAA podría buscar si el asunto llegara a los tribunales. Véase Elizabeth Young, «Downloading Could Lead to Fines», redandblack.com, 26 de agosto de 2003, disponible en el enlace #35. Para un ejemplo de cómo la RIAA toma como objetivo el intercambio de ficheros entre estudiantes y sobre las citaciones dirigidas a las universidades para que éstas revelen la identidad de los estudiantes que intercambiaban ficheros, véase James Collins, «RIAA Steps Up Bid to Force BC, MIT to Name Students», *Boston Globe*, 8 de agosto de 2003, D3, disponible en el enlace #36.

tecnología para darles a los dueños del copyright un tipo de control sobre nuestra cultura que nunca antes habían tenido. Y en este extremismo se perderán muchas oportunidades para nuevas formas de innovación y creatividad.

No estoy hablando de las oportunidades para que los chavales «roben» música. Por el contrario, mi centro de atención es la innovación comercial y cultural que también será asesinada en esta guerra. Nunca antes hemos visto difundirse el poder de innovar entre nuestros ciudadanos, de una forma tan amplia, y apenas acabamos de empezar a ver la innovación que este poder puede desencadenar. Sin embargo, Internet ya ha visto el final de un ciclo de innovación en torno a las tecnologías de distribución de contenidos. La ley es responsable de este final. Como explicó el vicepresidente de política global de uno de estos nuevos innovadores, eMusic.com, cuando criticó las protecciones añadidas por la DMCA a los materiales con *copyright*:

> eMusic se opone a la piratería. Somos distribuidores de materiales con copyight, y queremos proteger esos derechos.
>
> Pero construir una fortaleza tecnológica que encierra la fuerza de las grandes discográficas no es en modo alguno la única forma de proteger los intereses del copyright, ni tampoco es necesariamente la mejor. Simplemente, es demasiado pronto para responder a esa pregunta. Las fuerzas del mercado operando de forma natural, bien puede que produzcan un modelo industrial completamente diferente.
>
> Éste es un punto crítico. Las decisiones que los sectores industriales tomen en relación a estos sistemas moldearán directamente y de muchas maneras el mercado de los medios digitales y la forma en la que se distribuirán los medios digitales. Esto a su vez influirá directamente en las opciones disponibles para los consumidores, tanto en términos de la facilidad con la que podrán acceder a los medios digitales, como en el equipo que requerirán para hacerlo. Las decisiones equivocadas, tomadas apresuradamente en este juego retrasarán el crecimiento del mercado, perjudicando los intereses de todos.[3]

En abril de 2001, Vivendi, una de «las grandes discográficas», compró eMusic.com. Ahora su postura respecto a estas cuestiones ha cambiado.

Invertir la dirección de nuestra tradición de tolerancia simplemente no aplastará la piratería. Sacrificará valores que son importantes para esta cultura y acabará con oportunidades que podrían ser extraordinariamente valiosas.

---

3 WIPO and the DMCA One Year Later: Assessing Consumer Access to Digital Entertainment on the Internet and Other Media: Hearing Before the subcommittee on Telecommunications, Trade, and Consumer Protection, House Committee on Commerce, 106th Cong. 29 (1999) (declaración de Peter Harter, vicepresidente, Global Public Policy and Standards, eMusic.com), disponible en LEXIS, Federal Document Clearing House Congressional Testimony File.

12. *Daños*

Para luchar contra «la piratería», para proteger la «propiedad», la industria de contenidos ha iniciado una guerra. Empleando grupos de presión y con grandes donaciones a las campañas electorales la industria ahora ha arrastrado al gobierno a esta guerra. Como en cualquier guerra, habrá daños que serán tanto directos como colaterales. Como en cualquier guerra de prohibición, los que sufran estos daños serán sobre todo nuestros propios conciudadanos.

Mi objetivo, hasta ahora, ha sido describir las consecuencias de esta guerra, en particular las consecuencias para la «cultura libre». Sin embargo, ahora pretendo extender esta descripción sobre las consecuencias para convertirla en una discusión. ¿Está justificada esta guerra?

En mi opinión, no. No existe una buena razón por la que, por primera vez, las leyes deban defender lo viejo frente a lo nuevo, justo cuando el poder de esa propiedad llamada «propiedad intelectual» es el mayor de toda nuestra historia.

Sin embargo el «sentido común» no considera esto así. El sentido común está todavía del lado de los Causby y de la industria de contenidos. Todavía resuenan las reclamaciones extremas en nombre de la propiedad; el rechazo acrítico de la «piratería» aún tiene cuerda para rato.

Continuar esta guerra tendrá muchas consecuencias. Quiero describir solamente tres. Se puede decir de todas ellas que son involuntarias. Creo de verdad que la tercera es involuntaria. No estoy tan seguro de las otras dos. Las dos primeras protegen a las RCAs contemporáneas, pero no hay ningún Howard Armstrong apostado entre bastidores para luchar contra los que detentan los monopolios de la cultura de hoy en día.

Limitar a los creadores

En los próximos diez años veremos la explosión de las tecnologías digitales. Estas tecnologías harán posible que prácticamente cualquiera capture y comparta contenidos. Capturar y compartir contenidos, por supuesto, es lo que los seres humanos han hecho desde el despertar de la humanidad. Es la forma en la que aprendemos y nos comunicamos. Pero capturar y compartir por medio de la tecnología digital es algo diferente. Puedes enviar un mensaje electrónico contándole a alguien un chiste que viste en Comedy Central o puedes enviarle el segmento del video. Puedes escribir un ensayo sobre las contradicciones en los argumentos del político que más te gusta odiar o puedes hacer un corto que contenga una afirmación tras otra de este mismo político. Puedes escribir un poema para expresar tu amor o puedes ensartar en forma de collage un collar de canciones de tus artistas favoritos y ponerlo a disposición de todo el mundo en la Red.

«Capturar y compartir» de forma digital es en parte una extensión del capturar y compartir que ha sido siempre fundamental para nuestra cultura, pero es también en parte algo nuevo. Existe una continuidad con Kodak, pero hace estallar los límites de tecnologías como la Kodak. La tecnología del «capturar y compartir» digital promete un mundo de creatividad extraordinariamente diversa que puede compartirse amplia y fácilmente. Y conforme esa creatividad sea aplicada a la democracia, permitirá que una amplia gama de ciudadanos usen la tecnología para expresarse, criticar y contribuir a la cultura que los rodea.

La tecnología nos ha dado por tanto una oportunidad para hacer algo con la cultura que sólo ha sido posible en raras ocasiones y para individuos en pequeños grupos, aislados unos de otros. Piensa en un anciano contándole una historia a un grupo de vecinos en un pueblo. Ahora imagínate esa actividad de contar historias extendida por todo el globo.

Sin embargo, todo esto es posible solamente si la actividad es presuntamente legal. En el presente régimen de regulación legal, no lo es. Olvídate por un momento del intercambio de archivos. Piensa en tus sitios favoritos en la Red, sitios asombrosos. Sitios que ofrecen resúmenes argumentales de programas de televisión olvidados; sitios que catalogan dibujos animados de los sesenta; sitios que mezclan imágenes y sonidos para criticar a los políticos o a las empresas; sitios que recopilan artículos de revistas dedicadas a remotos temas científicos o culturales. Hay una inmensa cantidad de obra creativa difundida por toda la Red. Pero tal y como están diseñadas las leyes hoy día, esta obra es presuntamente ilegal.

Esta presunción congelará cada vez más la creatividad, conforme continúen proliferando los ejemplos de penas extremas por vagas violaciones. Es imposible lograr aclararse sobre lo que está permitido y lo que no, y al mismo tiempo las penas para quien cruce la raya son asombrosamente duras. Los cuatro estudiantes amenazados por la RIAA (Jesse Jordan en el capítulo 3 era sólo uno de ellos) recibieron la amenaza de una demanda por valor de 98.000 millones de dólares en razón de la construcción de motores de búsqueda que permitían que se copiaran canciones. Sin embargo, WorldCom —que defraudó a sus inversores 11.000 millones de dólares y que derivó en pérdidas por valor de más de 200.000 millones— recibió una multa de sólo 750 millones.[1] Bajo la legislación impulsada en el congreso ahora mismo, un médico que negligentemente amputa la pierna equivocada en una operación tendrá responsabilidades legales por no más de 250.000 dólares en concepto de daños por dolor y sufrimiento.[2] ¿Puede el sentido común reconocer lo absurdo de un mundo en el que la multa máxima para descargarse dos canciones de Internet es mayor que la multa para un médico que negligentemente haga una matanza con un paciente?

La consecuencia de esta incertidumbre legal, unida a estas penas extremadamente altas, es que una cantidad extraordinaria de creatividad nunca será ejercida, o nunca será ejercida en público. Estamos empujando este proceso creativo a las catacumbas llamando piratas a los Walt Disneys contemporáneos. Hacemos que sea imposible que las empresas se basen en el dominio público, porque los límites del dominio público están diseñados para que nunca estén claros. Nunca compensa hacer nada que no sea pagar por el derecho a crear y por lo tanto sólo los que pueden pagar reciben permiso para crear. Como en el caso de la Unión Soviética, aunque por muy diferentes razones, estamos empezando a ver un mundo de arte underground —no debido a que el mensaje sea necesariamente político o porque el tema sea polémico, sino porque el mismo acto de crear este arte está legalmente cargado de tensión. Ya hay exposiciones de «arte ilegal», recorriendo EE.UU.[3] ¿En qué consiste su ilegalidad? En el acto de mezclar la cultura que nos rodea con una expresión que es crítica o reflexiva.

---

1 Véase Lynne W. Jeter, *Disconnected: Deceit and Betrayal at WorldCom*, Hoboken (N.J.), John Wiley & Sons, 2003, pp. 176 y 204; sobre los detalles del acuerdo, véase el comunicado de prensa de MCI, «MCI Wins U.S. District Court Approval for SEC Settlement» (7 de julio de 2003), disponible en el enlace #37.

2 El proyecto de ley, modelado a partir del modelo de reforma del sistema de agravios californiano, fue aprobado en el Congreso, pero resultó derrotado en una votación del Senado en julio de 2003. Para formarse un panorama general, véase Tanya Albert, «Measure Stalls in Senate: 'We'll Be Back,' Say Tort Reformers», amednews.com, 28 de julio de 2003, disponible en el enlace #38, y «Senate Turns Back Malpractice Caps», CBSNews.com, 9 de julio de 2003, disponible en el enlace #39. El presidente Bush ha seguido presionando a favor de una reforma del sistema de agravios en los últimos meses.

3 Véase Danit Lidor, «Artists Just Wanna Be Free», *Wired*, 7 de julio de 2003, disponible en el enlace #40. Para una panorámica de la exhibición, véase el enlace #41.

Este miedo a la ilegalidad se explica en parte por los cambios en las leyes. He descrito ya esos cambios con detalle en el capítulo 10. Pero en una parte todavía mayor tiene que ver con la facilidad creciente con la que se pueden descubrir las infracciones. Como en 2002 descubrieron los usuarios de sistemas de intercambio de ficheros, para los dueños del copyright es algo trivial conseguir que los tribunales ordenen que los proveedores de acceso a Internet revelen quién tiene qué contenidos. Es como si tu reproductor de cassettes transmitiera una lista de las canciones que escuchas en la intimidad de tu propia casa y que cualquiera pudiera sintonizarla por cualquier motivo.

Nunca antes en nuestra historia un pintor ha tenido que preocuparse sobre si su pintura violaba la obra de otro; pero los pintores contemporáneos, que usan las herramientas de Photoshop, que comparten contenidos en la Red, deben preocuparse por ello todo el tiempo. Las imágenes están por todos sitios, pero las únicas imágenes de uso seguro en el acto de creación son las que le compras a Corbis o a otra granja de imágenes. Y al comprar se produce la censura. Hay un mercado libre de lápices; no tenemos que preocuparnos por su efecto en la creatividad. Pero hay un mercado altamente regulado y monopolizado de iconos culturales; el derecho a cultivarlos y transformarlos no es libre del mismo modo.

Los abogados raramente consideran esto porque raramente se basan en la experiencia. Tal y como he descrito en el capítulo 7, en respuesta a la historia sobre el documental del director Jon Else, una y otra vez ha habido abogados sermoneándome y afirmando que el uso de Else era un *fair use* y que por lo tanto me equivoco al decir que la ley regula semejante uso.

Pero el *fair use*, en EE.UU., significa solamente que tienes derecho a contratar un abogado para que defienda tu derecho a crear. Y como a los abogados les encanta olvidar, nuestro sistema para defender derechos como el del *fair use* es sorprendentemente malo —en prácticamente todos los contextos, pero especialmente en éste. Cuesta demasiado, cumple con su misión muy lentamente y lo que acaba dando, a menudo tiene poco que ver con la justicia en la que se basaba la reclamación. Puede que el sistema legal resulte tolerable a la gente muy rica. Para todos los demás es una vergüenza en una tradición que se enorgullece del imperio de la ley.

Los jueces y los abogados pueden decirse a sí mismos que el *fair use* proporciona suficiente «espacio para respirar» entre la regulación de la ley y el acceso que la ley debería permitir. Pero que alguien se crea verdaderamente esto, es una muestra de hasta qué punto nuestro sistema legal ha perdido contacto con la realidad. Las reglas que los editores imponen a los escritores, las reglas que las distribuidoras de cine imponen a los directores, las reglas que los periódicos imponen a los periodistas —éstas son las

leyes reales que gobiernan la creatividad. Y estas reglas tienen poca relación con la «ley» con la que se consuelan los jueces.

Porque en un mundo en el que por una sola violación voluntaria de copyright se amenaza con 150.000 dólares y en el que se exige decenas de miles de dólares para siquiera defenderte contra una demanda por violación de copyright, y que jamás será devuelto ningún coste que haya sufrido alguien acusado injustamente; en ese mundo, las regulaciones pasmosamente amplias que llevan el nombre de «copyright» silencian la palabra y la creatividad. Y en ese mundo una estudiada ceguera es requisito para que la gente siga creyendo que vive en una cultura libre.

Como me dijo Jed Horovitz, el empresario de Video Pipeline:

> Estamos perdiendo oportunidades [creativas] en todos los aspectos. Están forzando a no expresarse a la gente creativa. Hay pensamientos que no se están expresando. Y mientras tanto, puede que [todavía] se estén creando un montón de obras, incluso cuando se distribuyan. De hecho, [...] no vas a conseguir que lo que se crea se distribuya en los medios para el gran público a menos que tengas una nota del abogado que diga: «Se han obtenido todos los permisos». Ni siquiera vas a conseguir que lo emitan en la PBS sin este tipo de permiso. Hasta este punto tienen control.

Limitar a los innovadores

La historia de la última sección era la historia de un izquierdista típico —la creatividad aplastada, artistas que no pueden hablar, bla bla bla... A lo mejor eso no te motiva. A lo mejor piensas que hay ya bastante arte raro y bastante expresión que parece criticarlo absolutamente todo. Si esto es lo que piensas, quizás creas que hay poco de que preocuparse en esta historia.

Pero hay un aspecto que no es en ningún sentido de izquierdas. De hecho, es un aspecto que podría escribirlo el ideólogo pro-mercado más extremista. Si eres uno de esos (y uno bastante especial, si has leído hasta aquí), entonces puedes ver este otro aspecto si sustituyes «cultura libre», en cada uno de los sitios en los que la menciono, por «mercado libre».

El alegato que he estado haciendo sobre la regulación de la cultura es el mismo alegato que los defensores del mercado libre formulan sobre la regulación de los mercados. Todo el mundo, por supuesto, concede que es necesaria alguna regulación de los mercados —como mínimo, necesitamos leyes contractuales y leyes de propiedad, además de tribunales que las hagan

cumplir. Igualmente, en este debate cultural todo el mundo concede que es también necesario al menos algún marco de copyright. Pero ambas perspectivas insisten vehementemente en que el hecho de que alguna regulación sea buena no implica que más regulación sea mejor. Y ambas perspectivas están en continua sintonía con las maneras en las que la regulación permite simplemente que las industrias poderosas de hoy en día se protejan contra los competidores del mañana.

Éste es el efecto singular más drástico del cambio en la estrategia reguladora que describí en el capítulo 10. La consecuencia de esta masiva amenaza de responsabilidades legales, unida a los límites borrosos de la ley del copyright, es que los innovadores que quieren innovar en este ámbito sólo pueden hacerlo con garantías si tienen permiso de la última generación de industrias dominantes. Hemos aprendido esta lección gracias a una serie de casos que fueron diseñados y ejecutados para dar esta misma lección a los inversores de riesgo. Esa lección —lo que el exconsejero delegado de Napster, Hank Barry, llama la «nube radioactiva» que ha caído sobre Silicon Valley— ha sido efectivamente aprendida.

Considera otro ejemplo con el fin de defender este argumento, una historia de la que ya conté su principio en *The Future of Ideas* y que ha progresado de una manera que ni siquiera yo (un extraordinario pesimista) habría predicho nunca.

En 1997 Michael Roberts lanzó una compañía llamada MP3.com. MP3.com ansiaba reformular el negocio musical. Su meta era no sólo facilitar nuevas formas de acceder a contenidos. Su meta era también facilitar nuevas formas de crear contenidos. A diferencia de las grandes discográficas, MP3.com ofrecía a los creadores una vía para distribuir su creatividad, sin exigirles un compromiso exclusivo.

Para hacer que este sistema funcionara, MP3.com necesitaba un sistema eficaz al objeto de recomendar música a sus usuarios. La idea detrás de esta alternativa era aprovecharse de las preferencias reveladas por los oyentes para recomendar nuevos artistas. Si te gusta Lyle Lovett, es probable que disfrutes con Bonnie Raitt, etc.

Esta idea requería una forma sencilla de recopilar datos sobre las preferencias de los usuarios. MP3.com se inventó un modo extraordinariamente ingenioso de recopilar esta información . En enero de 2000, la compañía lanzó un servicio llamado my.mp3.com. Usando software proporcionado por MP3.com, un usuario podía crear una cuenta y luego insertar un CD en su ordenador. El software identificaba el CD y luego daba al usuario acceso a ese contenido. Así por ejemplo, si insertabas un CD de Jill Sobule, entonces, en cualquier lugar que estuvieras —en el trabajo o en casa— podías tener acceso a esa música, después de que entraras en tu cuenta. El sistema era una especie de caja fuerte músical.

Sin duda algunos podrían usar este sistema para copiar contenidos ilegalmente. Pero esa oportunidad existía con o sin MP3.com. El objetivo del servicio de my.mp3.com era darles a los usuarios acceso a sus propios contenidos, y como efecto secundario, al ver los contenidos que ya tenían, descubrir qué tipo de contenidos les gustaban más a los propios usuarios.

Para hacer que este sistema funcionara, MP3.com necesitó copiar 50.000 CDs en un servidor. (En principio, podría haber sido el usuario el que subiera la música, pero eso hubiera exigido mucho tiempo y hubiera derivado en un producto de dudosa calidad). Por lo tanto, compró 50.000 CDs en una tienda y comenzó el proceso de copia de esos CDs. Una vez más, no serviría los contenidos de esas copias a nadie, excepto a aquellos que hubieran demostrado que tenían una copia del CD al que querían acceder. Así que si se trataba de 50.000 copias, se trataba de 50.000 copias dirigidas a darles a los clientes algo que ya habían comprado.

Nueve días después de que MP3.com lanzara su servicio, las cinco grandes discográficas, lideradas por la RIAA, demandaron a MP3.com. MP3.com logró un acuerdo con cuatro de las cinco. Nueve meses después, un juez federal decidió que MP3.com era culpable de una violación voluntaria con respecto a la quinta discográfica. Aplicándole la ley tal y como es, el juez le impuso una multa de 118 millones de dólares. MP3.com llegó entonces a un acuerdo con el demandante, Vivendi Universal, pagando más de 54 millones. Vivendi compró MP3.com sólo un año después.

Ya había contado antes esta parte de la historia. Ahora reflexionemos sobre su conclusión.

Después de que Vivendi comprara MP3.com, Vivendi dio la vuelta sobre sí misma y presentó una demanda por negligencia profesional contra los abogados que habían aconsejando a MP3.com que dijera que de buena fe creía que el servicio que quería ofrecer sería considerado legal bajo la ley del copyright. Esta demanda alegaba que debería haber sido obvio que los tribunales hallarían ilegal este comportamiento; por lo tanto, la demanda buscaba castigar a cualquier abogado que se atreviera a sugerir que las leyes eran menos restrictivas que lo que las discográficas exigían.

El objetivo claro de esta demanda (que terminó en un acuerdo por una cantidad no especificada, poco después de que la historia desapareciera de la prensa) era enviar un mensaje inequívoco a los abogados que aconsejan a sus clientes en este ámbito: no son solamente tus clientes quienes van a sufrir si la industria de contenidos apunta sus pistolas contra ellos. Tú también vas a sufrir. Así que quien crea que la ley debería ser menos restrictiva, debería darse cuenta de que esa opinión va a costarle mucho a él y a su bufete.

Esta estrategia no se limita sólo a los abogados. En abril de 2003, Universal y EMI demandaron a Hummer Windblad, la firma de capital de riesgo (VC en inglés) que había financiado a Napster durante una determinada etapa de su desarrollo, a su cofundador (John Hummer) y al socio general (Hank Barry).[4] Su reclamación también era que la VC debería haber reconocido los derechos de la industria de contenidos a controlar cómo debía desarrollarse la propia industria. Se les debería considerar personalmente responsables de financiar una compañía que resultó estar fuera de la ley. Aquí también es transparente el objetivo de la demanda: ahora cualquier VC sabe que si financia una compañía cuyo negocio no recibe la aprobación de los dinosaurios, se arriesga no sólo en el mercado, sino también ante un tribunal. Tu inversión compra no sólo una compañía, sino también una demanda. El ambiente se ha vuelto tan extremo que hasta los fabricantes de automóviles tienen miedo de tecnologías que toquen contenidos. En un artículo en *Business 2.0*, Rafe Needleam describe una discusión con BMW:

> Les pregunté por qué, con toda la capacidad de memoria y el poder del ordenador de a bordo en un coche, no había manera de escuchar archivos MP3. Me dijeron que los ingenieros de BMW en Alemania habían equipado un nuevo vehículo para reprodujera MP3s a través del sistema de sonido incorporado al vehículo, pero que el departamento legal y el de marketing no se sentían cómodos con la idea de impulsar este lanzamiento a nivel nacional. Incluso hoy día no hay nuevos coches que se vendan en los EE.UU. con reproductores de MP3 propiamente dichos.[5]

Éste es el mundo de la mafia —lleno de ofertas del tipo «el dinero o la vida», gobernado a fin de cuentas no por los tribunales, sino por las amenazas que la ley permite hacer a los dueños de copyright. Es un sistema que obvia, y necesariamente asfixiará, la nueva innovación. Ya es difícil iniciar una empresa. Pero es difícil en grado imposible si esta compañía está constantemente amenazada por litigios.

El argumento no es que las compañías tengan el derecho a empezar empresas ilegales. El problema radica en la definición de «ilegal». Las leyes son un lío de incertidumbres. No tenemos una buena forma de saber cómo debería aplicarse a las nuevas tecnologías. Sin embargo, si invertimos nuestra

---

4 Véase Joseph Menn, «Universal, EMI Sue Napster Investor», *Los Angeles Times*, 23 de abril de 2003. Un argumento paralelo acerca de los efectos en la innovación en la distribución musical puede encontrarse en Janelle Brown, «The Music Revolution Will Not Be Digitized», Salon.com, 1 de junio de 2001, disponible en el enlace #42. Véase también Jon Healey, «Online Music Services Besieged», *Los Angeles Times*, 28 de mayo de 2001.

5 Rafe Needleman, «Driving in Cars with MP3s», *Business 2.0*, 16 de junio de 2003, disponible en el enlace #43. Agradezco este ejemplo al Dr. Mohammad Al-Ubaydli.

tradición de respeto a los tribunales y abrazamos las penas sorprendentemente altas que impone la ley de copyright, esa incertidumbre crea una realidad que es mucho más conservadora que acertada. Si las leyes impusieran la pena de muerte por multas de aparcamiento no tendríamos solamente menos multas de aparcamiento, tendríamos mucha menos gente conduciendo. El mismo principio se aplica a la innovación. Si la innovación se ve constantemente obstaculizada por estas responsabilidades legales dudosas e ilimitadas, tendremos una innovación mucho menos viva y mucha menos creatividad.

Este argumento corre en paralelo con el anterior argumento tópicamente izquierdista sobre el *fair use*. Sea cual sea la ley «real», el realismo sobre el efecto de la ley en ambos contextos es el mismo. Este sistema de regulación salvajemente penalizador ahogará la creatividad y la innovación de modo sistemático. Protegerá a algunas industrias y a algunos creadores, pero perjudicará a la industria y a la creatividad en general. El mercado libre y la cultura libre dependen de una competencia llena de vida. Sin embargo el efecto de la ley, hoy en día, es el de ahogar este tipo de competencia. El efecto es producir una cultura excesivamente regulada, igual que el efecto de demasiado control sobre el mercado produce un mercado excesivamente regulado.

La construcción de una cultura del permiso, en lugar de una cultura libre, es la primera forma importante en la que los cambios que he descrito supondrán una carga para la innovación. Una cultura del permiso significa una cultura de abogados —una cultura en la que la capacidad de crear exige una llamada a tu abogado. De nuevo, no estoy en contra de los abogados, al menos si se los mantiene en su sitio. Ciertamente no estoy en contra de la ley. Pero nuestra profesión ha perdido el sentido de sus límites. Los líderes de nuestra profesión han perdido la capacidad de apreciar los altos costes que nuestra profesión impone a los demás. La ineficiencia de las leyes es una vergüenza para nuestra profesión. Y si bien creo que nuestra profesión debería, de este modo, hacer todo lo posible para hacer del derecho algo más eficiente, debería al menos hacer también todo lo posible para limitar el alcance de la ley allá donde la ley no está haciendo ningún bien. Los costes de las transacciones requeridas en una cultura del permiso son suficientes como para enterrar una amplia gama de creatividad. Alguien tendría que justificar muchísimas cosas para justificar ese resultado.

LA INCERTIDUMBRE DE la ley es una carga para la innovación. Hay una segunda carga que opera de modo más directo. Se trata de la insistencia de muchos directivos de la industria de contenidos de usar la ley para regular de modo directo la tecnología de Internet, de manera que proteja mejor sus propios contenidos.

La motivación de esta respuesta es obvia. Internet hace posible la difusión eficaz de contenidos. Esa eficacia es una característica del diseño de Internet. Pero desde el punto de vista de la industria, esta característica es un «bug», un error informático. La difusión eficaz de contenidos significa que, a los distribuidores de contenidos, les resulta más difícil controlar la distribución. Una respuesta obvia a esta eficacia es, por lo tanto, hacer que Internet sea menos eficaz. Si Internet hace posible la «piratería», entonces, según esta respuesta, tenemos que romperle las piernas.

Hay muchos ejemplos de esta forma de legislación. Debido a las ansiosas peticiones de la industria de contenidos, algunos congresistas han amenazado con promulgar legislación que exigiría que los ordenadores determinen si los contenidos a los que acceden estén protegidos o no, y que desactiven la difusión de los contenidos protegidos.[6] El Congreso ha lanzado ya medidas para explorar una «señal de emisión» obligatoria que se exigirá a cada aparato capaz de transmitir video digital (esto es, un ordenador), y que hará imposible la copia de cualquier contenido marcado con una señal de emisión. Otros miembros del Congreso han propuesto dar inmunidad legal a los proveedores de contenidos para que puedan desplegar tecnología que cazaría a los violadores del copyright y desactivaría sus máquinas.[7]

En cierto sentido, estas soluciones parecen razonables. Si el problema es el código, ¿por qué no regular el código para eliminar el problema? Pero cualquier regulación de la infraestructura tecnológica estará siempre en sintonía con la tecnología particular de ese momento. Impondrá cargas significativas y costes a esa tecnología, pero será probablemente eclipsada por avances que de forma precisa rodeen esos requisitos.

En marzo de 2002, una amplia coalición de compañías tecnológicas, encabezadas por Intel, intentó hacer que el Congreso considerara los daños que causaría semejante legislación.[8] Obviamente su argumento no era que no debiera defenderse el copyright, sino que cualquier protección no debería producir más daños que beneficios.

De una forma obvia esta guerra ha perjudicado a la innovación —de nuevo, una historia que resultará muy familiar para la gente del mercado libre.

---

6 «Copyright and Digital Media in a Post-Napster World», Gartner G2 y el Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School (2003), pp. 33-35, disponible en el enlace #44.

7 GartnerG2, 26-27.

8 Véase David McGuire, «Tech Execs Square Off Over Piracy», Newsbytes, 28 de febrero de 2002 (Entertainment).

Puede que el copyright sea una propiedad, pero como toda propiedad es también una forma de regulación. Es una regulación que beneficia a unos y perjudica a otros. Cuando se hace bien, beneficia a los creadores y perjudica a las sanguijuelas. Cuando se hace mal, es una regulación que los poderosos emplean para derrotar a sus competidores.

Tal y como describí en el capítulo 10, a pesar de esta naturaleza del copyright como regulación, sujeta a importantes matizaciones delineadas por Jessica Litman en su libro *Digital Copyright*,[9] en conjunto la historia del copyright no es mala. Como detallaba el capítulo 10, cuando han aparecido nuevas tecnologías, el Congreso ha hallado un equilibrio que asegura que lo nuevo queda protegido de lo viejo. Las licencias obligatorias, o estatutarias, han sido parte de esta estrategia. El uso libre (como en el caso de los reproductores de video) ha sido otra.

Pero este modelo de respeto a las nuevas tecnologías ha cambiado con el surgimiento de Internet. En lugar de hallar un equilibrio entre las reclamaciones de la nueva tecnología y los derechos legítimos de los creadores de contenidos, tanto los tribunales como el Congreso han impuesto restricciones legales que tendrán el efecto de asfixiar lo nuevo en beneficio de lo viejo.

La respuesta de los tribunales ha sido bastante universal.[10] Al nivel de los tribunales de distrito, la única excepción se halla en *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. contra Grokster*, Ltd., 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal., 2003), un caso en el que el tribunal halló que el vínculo entre el distribuidor y la particular conducta de un usuario estaba demasiado atenuado como para hacer responsable al distribuidor de colaboración o sustitución por violación de copyright. Su reflejo exacto está en las respuestas con las que amenazó el Congreso y que de hecho implementó.[11]

---

9 Jessica Litman, *Digital Copyright* (Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2001).

10 La única excepción entre los circuitos judiciales se halla en *Recording Industry Association of America (RIAA) contra Diamond Multimedia Systems*, 180 F. 3d 1072 (9th Cir. 1999). Allí el tribunal de apelación para el noveno distrito razonó que los fabricantes de un reproductor portátil de MP3 no eran responsables de colaboración en la violación de copyright por medio de un aparato que es incapaz de grabar o redistribuir música (un aparato cuya única función de copia es hacer portátil un archivo músical ya almacenado en el disco duro del usuario).

11 Por ejemplo, en julio de 2002, el congresista Howard Berman presentó la Peer-to-Peer Piracy Prevention Act (H.R. 5211), que daría inmunidad a los dueños de copyright frente a los daños realizados a ordenadores, cuando los dueños de copyright usaran tecnología para detener la violación del copyright. En agosto de 2002, el congresista Billy Tauzin presentó un proyecto de ley que ordenaba que las tecnologías capaces de re-emitir copias digitales de películas emitidas en televisión (es decir, ordenadores) respetaran una «señal de emisión» que imposibilitaría la copia de esos contenidos. Y en marzo del mismo año, el Senador Fritz Hollings presentó la Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act, que hacía obligatoria la tecnología de protección del copyright en todos los aparatos de medios audiovisuales. Véase GartnerG2, «Copyright and Digital Media in a Post-Napster World», 27 de junio de 2003, 33-34, disponible en el enlace #44.

No haré aquí el catálogo completo de las mismas. Pero hay un ejemplo que captura el sabor de todas ellas. Éste es la historia del fallecimiento de la radio por Internet.

Como describí en el capítulo 4, cuando una estación de radio emite una canción, el artista que la ha grabado no recibe nada por esa «interpretación radiofónica» a menos de que sea también el compositor. Así que, por ejemplo, si Marilyn Monroe hubiera grabado una versión de «Cumpleaños feliz» —para conmemorar su famosa interpretación ante el presidente Kennedy en el Madison Square Garden— entonces cada vez que la canción se tocara en la radio, los dueños actuales del copyright de «Cumpleaños feliz» conseguirían algún dinero, mientras que no lo haría Marilyn Monroe.

La razón que está detrás de este equilibrio determinado por el Congreso tiene algún sentido. La justificación era que la radio era una forma de publicidad. De este modo, se beneficia el artista que graba una canción, porque al tocar su música, la radio está haciendo que sea más probable que venda discos. De manera que el artista recibe algo, aunque sólo sea indirectamente. Probablemente este razonamiento haya tenido menos que ver con los resultados que con el poder de las estaciones de radio. Su grupo de presión en Washington era muy bueno a la hora de detener cualquier esfuerzo para conseguir que el Congreso exigiera compensaciones para los artistas.

En esto llega la radio por Internet. Como la radio normal, la radio por Internet es una tecnología para transmitir contenidos de una emisora a un oyente. La emisión viaja a través de Internet, no a través del éter del espectro radiofónico. De este modo, puedo «sintonizar» una emisora de radio por Internet de Berlín mientras estoy sentado en San Francisco, incluso si no hay forma de que pueda sintonizar una emisora de radio estándar que esté mucho más allá del área metropolitana de San Francisco.

Esta característica de la arquitectura de la radio por Internet significa que hay potencialmente un número ilimitado de estaciones de radio a las que un usuario pueda sintonizarse empleando su ordenador, mientras que bajo la arquitectura actual de la radio electromagnética, hay un límite obvio al numero de emisoras y de frecuencias claras de emisión. La radio por Internet puede ser por lo tanto mucho más competitiva que la radio estándar; puede proporcionar una gama más amplia de selecciones musicales. Y debido a que el público potencial de la radio digital es todo el mundo, las estaciones especializadas podrían desarrollarse fácilmente y vender sus contenidos a un número relativamente grande de oyentes en todo el mundo. Según algunas estimaciones, más de ochenta millones de usuarios, en todo el mundo, han sintonizado con esta nueva forma de radio.

Por lo tanto, la radio por Internet es a la radio lo que la FM fue a la AM. Es una mejora potencialmente más significativa, en un grado inmensamente mayor, que la mejora que supuso la FM con respecto de la AM, ya que no sólo la tecnología es superior, sino que también lo es la magnitud de la competencia. De hecho, hay un paralelismo directo entre la lucha para establecer la radio FM y la lucha para proteger la radio por Internet. Así describe un autor la lucha de Howard Armstrong para hacer posible la radio FM:

> En la onda corta era posible un número casi ilimitado de emisoras de FM, terminando así con las restricciones artificiales impuestas a la radio en la atestada onda larga. Si se desarrollaba libremente la FM, el número de emisoras sólo estaría limitada por la economía y la competencia en lugar de las restricciones técnicas. [...] Armstrong comparó la situación que había surgido en la radio a la que siguió a la invención de la imprenta, cuando los gobiernos y los intereses dominantes intentaron controlar este nuevo instrumento de comunicación masiva imponiéndole licencias restrictivas. Esta tiranía fue rota sólo cuando fue posible que la gente adquiriera imprentas libremente y pudiera hacerlas funcionar libremente. La FM en ese sentido era un invento tan grande como la imprenta, porque le daba a la radio la libertad de romper sus cadenas.[12]

Este potencial para la radio FM nunca se hizo realidad —no porque Armstrong estuviera equivocado acerca de la tecnología, sino porque subestimó el poder de los «intereses privados, los hábitos, las costumbres y la legislación»[13] para retrasar el crecimiento de esta tecnología competidora.

Ahora la misma afirmación puede hacerse acerca de la radio por Internet. Porque, de nuevo, no hay ninguna limitación técnica que pueda restringir el número de emisoras de radio digitales. La única restricción es la que imponen las leyes. La ley del copyright es una de ellas. Así que la primera pregunta que tenemos que hacer es «¿qué reglas de copyright deberían gobernar la radio digital?»

Pero aquí el poder de los lobbies se invierte. La radio por Internet es una nueva industria. Los artistas, por otra parte, tienen un grupo de presión muy poderoso, la RIAA. Así que cuando el Congreso consideró el fenómeno de la radio por Internet en 1995, este lobby había preparado al Congreso para que aplicara una regla diferente de la que se aplica a la radio terrestre. Mientras que la radio terrestre no tiene que pagarle a nuestra hipotética Marilyn Monroe cuando toca su hipotética grabación de «Happy Birthday», *la radio por Internet sí que tiene que hacerlo*. No sólo la ley no es neutral con respecto a la radio por Internet —la ley le impone una carga que es realmente mayor que la que impone a la radio terrestre.

---

12 Lessing, *op. cit.*, p. 239.

13 *Ibidem*, 229.

Esta carga financiera no es pequeña. Como calcula William Fisher, profesor de derecho de Harvard, si una radio digital distribuyera música popular sin publicidad a (una media de) diez mil oyentes, veinticuatro horas al día, las tarifas totales que la radio debería a los artistas superarían el millón de dólares al año.[14] Para un excelente análisis que expresa una idea similar, véase Randal C. Picker, «Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution», *Antitrust Bulletin* (Verano/Otoño 2002), p. 461: «No se trata de una confusión, se trata de anticuadas barreras de entrada. Las emisoras de radio analógica son protegidas de los nuevos participantes digitales, reduciendo la entrada en la radio y la diversidad. Sí, se hace esto en nombre de conseguir royalties para los dueños de los copyrights, pero de haber estado ausente la acción de poderosos intereses privados, se podría haber hecho de una forma neutral». Una radio estándar que emitiera los mismos contenidos no pagaría una tarifa equivalente.

La carga no es sólo financiera. Bajo las leyes propuestas originalmente, una emisora de radio por Internet (pero no una emisora de radio terrestre) tendría que recopilar la siguiente información sobre cada *transacción de escucha*:

1. nombre del servicio;
2. canal del programa (las emisoras AM/FM usan un Identificación de Emisora);
3. tipo de programa (archivado/bucle de emisión/en directo);
4. fecha de la emisión;
5. hora de la emisión;
6. zona horaria del origen de la emisión;
7. designación numérica del lugar de la grabación sonora dentro del programa;
8. duración de la transmisión (medida hasta el último segundo);
9. título de la grabación;
10. código ISRC de la grabación;
11. año de publicación del álbum de acuerdo con la nota del copyright y, en el caso de recopilatorios, el año de publicación del álbum y fecha del copyright de la canción;
12. nombre del artista que grabó la canción;
13. título comercial del álbum;

---

14 Este ejemplo derivó de las tarifas fijadas por el procedimiento original del Copyright Arbitration Royalty Panel (CARP), y ha sido extraído de un ejemplo ofrecido por el profesor William Fisher. Conference Proceedings, iLaw (Stanford), 3 de julio de 2003, en manos del autor. Los profesores Fisher and Zittrain dieron testimonio en el procedimiento de la CARP que fue finalmente rechazado. Véase Jonathan Zittrain, Digital Performance Right in Sound Recordings and Ephemeral Recordings, Docket No. 2000-9, CARP DTRA 1 y 2, disponible en el enlace #45.

14. sello discográfico;
15. código UPC del álbum;
16. número de catálogo;
17. información sobre el dueño del copyright;
18. género musical del canal o del programa (en formato de emisora);
19. nombre del servicio o entidad;
20. canal o programa;
21. fecha y hora a la que el usuario se conectó (en la zona horaria del usuario);
22. fecha y hora a la que el usuario se desconectó (en la zona horaria del usuario);
23. zona horaria en la que se recibió la señal (usuario);
24. identificador único de usuario;
25. el país en el cual el usuario recibió la transmisión.

El Bibliotecario del Congreso suspendió en su momento estos requisitos hasta que se realizaran más estudios. Y también cambió las tarifas originales asignadas por el panel arbitral encargado de fijarlas. Pero la diferencia básica entre la radio por Internet y la terrestre permanece: la radio por Internet tiene que pagar *un tipo de copyright* que la radio terrestre no tiene que pagar.

¿Por qué? ¿Qué justifica esta diferencia? ¿Hubo algún estudio de las consecuencias económicas resultantes de la radio por Internet que justificara estas diferencias? ¿Cuál fue el motivo para proteger a los artistas contra la piratería?

En una raro ejemplo de sinceridad, un experto de la RIAA admitió lo que en ese momento le parecía obvio a todo el mundo. Como me contó Alex Alben, vicepresidente de políticas públicas de Real Networks:

> La RIAA, que representaba a las discográficas, presentó algunos testimonios sobre lo que pensaban que un comprador interesado le pagaría a un vendedor interesado, y era mucho más alto. Era diez veces más alto que lo que pagan las estaciones de radio para emitir la misma canción durante el mismo periodo de tiempo. De manera que los abogados representantes de las emisoras digitales le preguntaron a la RIAA [...]: «¿Cómo llegan a esta cifra que es mucho más alta? ¿Por qué vale más que la radio? Porque aquí estamos reunidos cientos de emisoras que queremos pagar, y eso establecería la tarifa de mercado, y si ustedes fijan una tarifa tan alta, van a expulsar del negocio a las emisoras más pequeñas [...]».
>
> Y los expertos de la RIAA dijeron: «Bueno, la verdad es que no queremos que el modelo sea el de una industria con miles de emisoras, *creemos que debería ser una industria con, ya saben, cinco o siete grandes actores que puedan pagar una tarifa alta y que sea un mercado estable, predecible*» [las cursiva son mías].

Traducción: el objetivo es usar las leyes para eliminar competidores, de manera que esta plataforma de competencia potencialmente inmensa, que podría hacer que la diversidad y la gama de contenidos disponibles experimentaran una explosión, no perjudique a los viejos dinosaurios. Nadie debería apoyar este uso de la ley, ni en la derecha ni en la izquierda. Y sin embargo no hay prácticamente nadie, ni en la derecha ni en la izquierda, que esté haciendo nada efectivo para impedirlo.

Corromper a los ciudadanos

El exceso de regulación ahoga la creatividad. Asfixia la innovación. Otorga a los dinosaurios un derecho de veto sobre el futuro. Desperdicia la extraordinaria oportunidad para una creatividad democrática que la tecnología digital hace posible.

Además de estos daños importantes, se da un daño más que nuestros predecesores consideraban importante, pero que hoy parece haber caído en el olvido. El exceso de regulación corrompe a los ciudadanos y debilita el imperio de la ley.

La guerra que hoy se dirime es una guerra de prohibición. Como con cualquier guerra de prohibición, su objetivo es el comportamiento de un gran número de ciudadanos. Según The New York Times, 43 millones de estadounidenses descargaron música en mayo de 2002.[15] Según la RIAA, el comportamiento de estos 43 millones de estadounidenses es un delito. Por lo tanto, debemos tener una serie de reglas que convierta al 20% de los estadounidenses en criminales. En la medida en que la RIAA lanza demandas no sólo contra los Napsters y Kazaas del mundo, sino contra estudiantes que construyen buscadores, y cada vez más contra usuarios corrientes que se descargan contenidos, las tecnologías de intercambio progresarán para proteger y ocultar mejor los usos ilegales. Es una carrera armamentística o una guerra civil, en la que los extremos de un bando invitan a una respuesta más extrema por parte del otro.

La táctica de la industria de contenidos explota los defectos del sistema legal estadounidense. Cuando la RIAA presentó una demanda contra Jesse Jordan sabía que en Jordan había encontrado un chivo expiatorio, no un acusado. La

---

15 Mike Graziano y Lee Rainie, «The Music Downloading Deluge», Pew Internet and American Life Project (24 de abril de 2001), disponible en el enlace #46. El Pew Internet and American Life Project informó de que 37 millones de estadounidenses habían descargado archivos musicales de Internet a principios de 2001.

amenaza de tener que pagar todo el dinero del mundo en daños y perjuicios (quince millones de dólares) o casi todo el dinero del mundo para defenderse de tener que pagar por daños y perjuicios (250.000 dólares en abogados) hizo que Jordan escogiera pagar todo el dinero que tenía en el mundo (doce mil dólares) para conseguir que la demanda se esfumara. La misma estrategia anima las demandas de la RIAA contra los usuarios individuales. En septiembre de 2003 la RIAA demandó a 261 individuos —incluyendo a una niña de doce años que vivía en una vivienda de propiedad pública y un hombre de setenta años que no tenía ni idea de lo que era el intercambio de ficheros.[16] Tal y como estos chivos expiatorios descubrieron, cuesta más, siempre, defenderse de una demanda que llegar simplemente a un acuerdo. (La chica de doce años, por ejemplo, igual que Jesse Jordan pagó todos sus ahorros, dos mil dólares, para alcanzar un acuerdo). Nuestras leyes son un sistema horrible para defender derechos. Es una vergüenza para nuestra tradición. Y la consecuencia de nuestras leyes, tal y como están, es que aquellos que tienen poder pueden usarlas para aplastar aquellos derechos que no son de su agrado.

Las guerras de prohibición no son nada nuevo en Estados Unidos. Esta es sólo más extrema que cualquiera de las que hayamos visto antes. Experimentamos con la prohibición del alcohol, en un tiempo en el que el consumo por persona y año era de unos seis litros. La guerra contra la bebida redujo inicialmente ese consumo a sólo un 30 % de sus niveles originales, pero para finales de la prohibición el consumo había subido a un 70 % del nivel original. Los estadounidenses estaban bebiendo casi como siempre, pero con esa legislación un número inmenso de ellos eran criminales.[17] Hemos lanzado una guerra contra las drogas con la intención de reducir el consumo de narcóticos controlados que consumen hoy un 7 % (o dieciséis millones) de estadounidenses.[18] Significa una caída respecto del máximo de 1979 del 14% de la población. Regulamos los automóviles hasta el punto de que la inmensa mayoría de los estadounidenses violan las leyes cada día. Tenemos un sistema de impuestos tan complejo que la mayoría de los negocios que manejan metálico hacen trampa con regularidad.[19] Nos enorgullecemos de

16 Alex Pham, «The Labels Strike Back: N.Y. Girl Settles RIAA Case», *Los Angeles Times*, 10 de septiembre de 2003, Business.

17 Jeffrey A. Miron and Jeffrey Zwiebel, «Alcohol Consumption During Prohibition», *American Economic Review* 81, num. 2 (1991), p. 242.

18 National Drug Control Policy: Hearing Before the House Government Reform Committee, 108th Cong., 1st sess. (5 de marzo 2003) (declaración de John P. Walters, director de National Drug Control Policy).

19 Véase James Andreoni, Brian Erard, y Jonathon Feinstein, «Tax Compliance», *Journal of Economic Literature* 36 (1998), p. 818 (visión panorámica de la literatura sobre la conformidad económica).

nuestra «sociedad libre», pero una serie interminable de los comportamientos cotidianos están regulados en nuestra sociedad. Y de resultas, una enorme proporción de estadounidenses violan con regularidad al menos alguna ley.

Este estado de cosas no carece de consecuencias. Es una cuestión particularmente notable para profesores como yo, cuyo trabajo es enseñar a estudiantes de derecho la importancia de la «ética». Como mi colega Charlie Nelson dijo en una clase de Stanford, cada año las escuelas de derecho aceptan a miles de estudiantes que han descargado música ilegalmente, consumido alcohol y a veces drogas ilegalmente, trabajado ilegalmente sin pagar impuestos, conducido coches ilegalmente. Éstos son chavales para los que comportarse ilegalmente es cada vez más la norma. Y se supone que nosotros, como profesores de derecho, tenemos que enseñarles cómo comportarse éticamente —cómo rechazar sobornos, o mantener separados los fondos de los distintos clientes, o respetar una petición para hacer público un documento que significa que tu caso se ha terminado. Generaciones de estadounidenses —de un modo más significativo en algunas partes de EE.UU. que en otras, pero incluso así, en todos los lugares de los EE.UU. de hoy en día— no pueden vivir su vida a la vez de forma normal y legal, puesto que la «normalidad» implica un cierto grado de ilegalidad.

La respuesta a esta ilegalidad generalizada es, o hacer cumplir las leyes con más severidad, o cambiar las leyes. Como sociedad, hemos de aprender a tomar decisiones de forma más racional. Que una ley tenga sentido depende, en parte al menos, de si los costes de la ley, tanto previstos como colaterales, superan los beneficios. Si los costes, previstos y colaterales, superan los beneficios, la ley debería cambiarse entonces. En cambio, si los costes del sistema actual son mucho mayores que los costes de una alternativa, entonces tenemos buenas razones para considerar una alternativa.

Mi propósito no es estúpido: dado que la gente viola las leyes, deberíamos revocarlas. Obviamente, podríamos reducir drásticamente las estadísticas de asesinatos si legalizáramos el asesinato los miércoles y los viernes. Pero eso no tendría ningún sentido, ya que el asesinato está mal en cualquier día de la semana. Una sociedad acierta cuando prohíbe el asesinato en cualquier sitio a cualquier hora.

Más bien, mi propósito coincide con lo que las democracias han comprendido durante generaciones, pero que recientemente hemos comenzado a olvidar. El imperio de la ley depende de que la gente obedezca la ley. Cuanto más a menudo y de forma más repetida los ciudadanos tenemos la experiencia de violar una ley, menos la respetamos. Obviamente, en la mayoría de los casos la cuestión importante son las leyes, no el respeto a las

leyes. Me da igual que un violador respete las leyes o no; quiero atraparlo y encancelarlo. Pero sí me importa que mi estudiantes respeten las leyes. Y sí me importa que las reglas de la ley siembren una falta de respeto creciente debido a la regulación extrema que imponen. Veinte millones de estadounidenses han llegado a la mayoría de edad desde que Internet introdujo esta idea diferente del hecho «compartir». Tenemos que ser capaces de llamar a estos veinte millones de estadounidenses «ciudadanos», no «delincuentes».

Cuando al menos 43 millones de ciudadanos se descargan contenidos de Internet, y cuando usas herramientas para combinar esos contenidos de forma no autorizada por los dueños del copyright, la primera pregunta que deberíamos hacer no es como involucrar mejor al FBI. La primera pregunta debería ser si esta prohibición en particular es verdaderamente necesaria para lograr los justos fines a los que sirve la ley del copyright. ¿Hay otra forma de asegurar que los artistas cobren sin convertir en criminales a 43 millones de estadounidenses? ¿Tiene sentido si hay otras maneras de asegurar que se pague a los artistas sin convertir a los EE.UU. en un país de criminales?

Este propósito abstracto puede quedar más claro con un ejemplo particular.

Todos tenemos CDs. Muchos de nosotros todavía tenemos discos de vinilo. Estos pedazos de plástico codifican música que en cierto sentido hemos comprado. La ley protege nuestro derecho a comprar y vender ese plástico. No violo el copyright si vendo todos mis discos de música clásica a una tienda de segunda mano y compro discos de jazz para reemplazarlos. Ese «uso» de las grabaciones es libre.

Pero como ha demostrado la locura por los MP3, hay otro uso de los vinilos que es efectivamente libre. Como esos discos fueron hechos sin tecnologías de protección anti-copia, soy libre de copiar, o «arrancar», música de mis vinilos en el disco duro de un ordenador. De hecho, Apple fue tan lejos como para sugerir que esa «libertad» era un derecho: en una serie de anuncios, Apple apoyó la capacidades de «tomar, mezclar, grabar» de las tecnologías digitales.

Este «uso» de mis discos es ciertamente valioso. En casa he comenzado un largo proceso de copiar todos mis CDs y los de mi esposa, y guardarlos en un archivo. Después, usando iTunes de Apple, o un programa maravilloso llamado Andromeda, podemos elaborar y escuchar distintas listas de nuestra música —Bach, música barroca, canciones de amor, canciones de amor para parejas— el potencial es interminable. Y al reducir los costes de mezclar estas listas, estas tecnologías ayudan a construir de forma creativa las listas de música, que tienen su propio valor independiente. Las recopilaciones de canciones son creativas y significativas en sí mismas.

Este uso se ha hecho posible en unos medio audiovisuales no protegidos —CDs o vinilos. Pero estos medios sin protección también hacen posible el intercambio de ficheros. El intercambio de ficheros amenaza (o eso es lo que cree la industria de los contenidos) la capacidad de los creadores para recibir ganancias justas a cambio de su creatividad. Y, por lo tanto, muchos están empezando a experimentar con tecnologías que eliminan los medios sin protección. Estas tecnologías, por ejemplo, harían posibles CDs que no se podrían copiar en el ordenador. O podrían hacer realidad programas espía para identificar contenidos copiados en las máquinas de la gente.

Si estas tecnologías llegan a despegar, la construcción de grandes archivos con tu propia música se hará muy difícil. Puedes pasar el tiempo con hackers y obtener tecnologías que desactiven las tecnologías que protegen los contenidos. Comerciar con esas tecnologías es ilegal, pero quizás eso no te importe mucho. En cualquier caso, para la inmensa mayoría de la gente, estas tecnologías de protección destruirían de un modo efectivo el uso de los CDs para crear archivos. La tecnología, en otras palabras, nos forzaría a todos nosotros a volver a un mundo en el que o escucharíamos música manipulando pedazos de plástico, o seríamos parte de un sistema «de administración de derechos digitales» inmensamente complejo.

Si la única manera de asegurar que se pague a los artistas fuera eliminar la capacidad para mover contenidos libremente, entonces estas tecnologías para interferir con esta libertad podrían estar justificadas. Pero ¿y si hubiera otra manera de asegurar que se paga a los artistas, sin echarle el candado a ningún contenido? ¿Y si, en otras palabras, un sistema diferente pudiera asegurarles una compensación al tiempo que preservara la libertad de mover contenidos fácilmente?

Mi propósito ahora no es demostrar que semejante sistema existe. Ofrezco una versión de un sistema semejante en el último capítulo de este libro. De momento la única idea es relativamente poco polémica: si un sistema diferente lograra los mismos objetivos legítimos que logró el sistema de copyright existente, pero hiciera a los consumidores y creadores mucho más libres, entonces tendríamos una muy buena razón para perseguir esa alternativa —esto es, la libertad. La decisión, en otras palabras, no sería entre propiedad y piratería; la decisión sería entre diferentes sistemas de propiedad y las libertades que cada uno permitiría.

Creo que hay una manera de asegurar que se paga a los artistas sin convertir en criminales a 43 millones de estadounidenses. Pero la característica destacada de esta alternativa es que conduciría a un mercado muy diferente con el fin de producir y distribuir creatividad. Aquellos pocos con poder, quienes controlan hoy en día la inmensa mayoría de la distribución de contenidos en el mundo, ya no ejercerían esta forma extrema de control. Por el contrario, tomarían el mismo camino que la carroza de caballos.

Excepto que los fabricantes de carrozas de esta generación ya han ensillado al Congreso y cabalgan a lomos de la ley para protegerse de esta nueva forma de competencia. Para ellos la decisión está entre 43 millones de estadounidenses convertidos en criminales y su propia supervivencia.

Es fácil de entender por qué deciden hacer lo que hacen. No es fácil de entender por qué nosotros como democracia seguimos decidiendo lo que decidimos. Jack Valenti es encantador; pero no tan encantador como para justificar el abandono de una tradición tan profunda e importante como nuestra tradición de cultura libre.

HAY UN ASPECTO más de esta corrupción que es particularmente importante para las libertades civiles y que es resultado directo de cualquier guerra de prohibición. Tal y como describe el abogado de la Electronic Frontier Foundation, se trata de los «daños colaterales» que «surgen siempre que conviertes en criminales a un porcentaje muy alto de la población». Son los daños colaterales para las libertades civiles en general.

«Si puedes tratar a alguien como a un presunto delincuente», explica Von Lohmann,

> Entonces, de repente, muchas de las protecciones básicas de las libertades civiles se evaporan en uno y otro grado [...] Si violas el copyright ¿cómo puedes esperar mantener cualquier derecho a la intimidad? Si violas el copyright ¿cómo puedes esperar que no van a decomisar tu ordenador? [...] Nuestros sentimientos cambian cuando pensamos: «Ah, bueno, pero esa persona es un delincuente, un criminal». Bien lo que esta campaña contra el intercambio de ficheros ha conseguido ha sido que ha convertido en «delincuentes» a un notable porcentaje de la población de los internautas estadounidenses.

Y la consecuencia de esta transformación del público estadounidense en criminales es que convierte en algo trivial, al igual que una parte más del proceso, eliminar de un modo efectivo gran parte de la privacidad que la mayoría daría por sentada.

Los usuarios de Internet empezaron a considerar esto de una forma general en 2000, cuando la RIAA lanzó su campaña para forzar a los proveedores de Internet a entregar los nombres de los clientes que la RIAA pensaba que estaban violando la ley de copyright. Verizon luchó contra esa petición y perdió. Con una simple petición al juez, y sin ningún aviso al cliente en absoluto, la identidad de un usuario queda revelada.

Entonces la RIAA expandió esta campaña, anunciando una estrategia general de demandas a usuarios individuales de Internet que se alegaba que habían descargado música de los sistemas de intercambio de ficheros. Pero como hemos visto, los daños y perjuicios potenciales resultantes de estas demandas son astronómicos: si la computadora familiar se usa para descargar música que cabría en un solo CD, la familia podría tener responsabilidades legales por dos millones de dólares por daños. Esto no evitó que la RIAA demandara a unas cuantas familias, igual que habían demandado a Jesse Jordan.[20]

Incluso esto minimiza la magnitud del espionaje desarrollado por la RIAA. Un informe de la CNN a finales del verano pasado describía la estrategia que la RIAA había adoptado para rastrear usuarios de Napster.[21] Usando un sofisticado algoritmo, la RIAA tomó lo que de hecho era una huella digital de cada canción en el catálogo de Napster. Cualquier copia de uno de esos MP3s tendría la misma «huella».

Así que imagínate el siguiente y verosímil escenario: imagina que un amigo le da un CD a tu hija —una selección de canciones igual que las cintas que solías hacer cuando eras joven. Ni tú ni tu hija sabéis de dónde vienen esas canciones. Pero ella copia esas canciones en su ordenador. Luego se lleva su ordenador a la universidad y se conecta a la red de la misma, y si esta red está «cooperando» con el espionaje de la RIA, y si ella no ha protegido apropiadamente su contenido de la red (¿sabrías hacerlo tú?), entonces la RIAA será capaz de identificar a tu hija como «criminal». Bajo las reglas que las universidades están empezando a aplicar,[22] tu hija puede perder el derecho a emplear la red informática de su universidad. En algunos casos puede que la expulsen.

---

20 Véase Frank Ahrens, «RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants», *Washington Post*, 10 de septiembre de 2003, E1; Chris Cobbs, «Worried Parents Pull Plug on File 'Stealing'; With the Music Industry Cracking Down on File Swapping, Parents are Yanking Software from Home PCs to Avoid Being Sued», *Orlando Sentinel Tribune*, 30 de agosto de 2003, C1; Jefferson Graham, «Recording Industry Sues Parents», *USA Today*, 15 de septiembre de 2003, 4D; John Schwartz, «She Says She's No Music Pirate. No Snoop Fan, Either», *New York Times*, 25 de septiembre de 2003, C1; Margo Varadi, «Is Brianna a Criminal?» *Toronto Star*, 18 de septiembre de 2003, P7.

21 Véase «Revealed: How RIAA Tracks Downloaders: Music Industry Discloses Some Methods Used», CNN.com, disponible en el enlace #47.

22 Véase Jeff Adler, «Cambridge: On Campus, Pirates Are Not Penitent», *Boston Globe*, 18 de mayo de 2003, City Weekly, 1; Frank Ahrens, «Four Students Sued over Music Sites; Industry Group Targets File Sharing at Colleges», *Washington Post*, 4 de abril de 2003, E1; Elizabeth Armstrong, «Students 'Rip, Mix, Burn' at Their Own Risk», *Christian Science Monitor*, 2 de septiembre de 2003, 20; Robert Becker and Angela Rozas, «Music Pirate Hunt Turns to Loyola; Two Students Names Are Handed Over; Lawsuit Possible», *Chicago Tribune*, 16 de julio de 2003, 1C; Beth Cox, «RIAA Trains Antipiracy Guns on Universities», *Internet News*, 30 de enero de 2003, disponible en el enlace #48; Benny Evangelista, «Download Warning 101: Freshman Orientation This Fall to Include Record Industry Warnings Against File Sharing», *San Francisco Chronicle*, 11 de agosto de 2003, E11; «Raid, Letters Are Weapons at Universities», *USA Today*, 26 de septiembre de 2000, 3D.

Ahora bien, por supuesto, ella tendrá el derecho a defenderse. Puedes contratar un abogado (a trescientos dólares la hora, con suerte) y ella puede argumentar que no sabía nada de la fuente de las canciones o que venían de Napster. Y bien puede ser que la universidad la crea. Pero puede que la universidad no la crea. Puede tratar este «material ilegal» como una presunción de culpabilidad. Y como ya han aprendido un cierto número de estudiantes universitarios, nuestra presunción de inocencia se desvanece en medio de las guerras de prohibición. Esta guerra no es diferente.

Dice Von Lohman:

> Así que cuando hablamos de cifras como que entre cuarenta y sesenta millones de estadounidenses están esencialmente violando el copyright, creas una situación en la que las libertades civiles de esa gente están en grave peligro de una forma general. [No] creo [que haya] ninguna situación análoga en la que uno pudiera escoger al azar a alguien en mitad de la calle y tuviera la seguridad de que está cometiendo un acto delictivo, que pudiera meterlo en un jaleo por potenciales responsabilidades criminales o por cientos de miles de dólares de responsabilidades civiles. Ciertamente todos pisamos el acelerador, pero conducir demasiado rápido no es el tipo de acción por el que rutinariamente renunciamos a nuestras libertades civiles. Hay quien consume drogas, y creo que ese es el paralelismo más cercano, [pero] muchos han señalado que la guerra contra las drogas ha erosionado todas nuestras libertades civiles porque ha tratado a muchísimos estadounidenses como a criminales. Bueno, creo que es justo decir que el intercambio de ficheros en términos de usuarios es un grado de magnitud mayor que el consumo de drogas. [...] Si entre cuarenta y sesenta millones de estadounidenses se han convertido en delincuentes, entonces estamos de verdad en una ladera resbaladiza que puede terminar con la pérdida de muchas libertades civiles para todos los que se hallen entre esos cuarenta o sesenta millones.

Cuando se considera que entre cuarenta y sesenta millones de estadounidenses son «criminales» según las leyes y cuando las leyes podrían alcanzar el mismo objetivo —asegurar los derechos de los autores— sin que esos millones sean considerados «criminales», ¿quién es el malo? ¿Los estadounidenses o la ley? ¿Qué es más estadounidense, una guerra constante contra la propia población o un esfuerzo concertado de toda nuestra democracia para cambiar nuestras leyes?

Parte IV. Equilibrios

ASÍ ESTÁN LAS COSAS: estás de pie en el arcén de la autopista. Tu coche está en llamas. Estás enojado y disgustado porque ayudaste en parte a iniciar el fuego. Ahora no sabes cómo apagarlo. A tu lado hay un cubo, lleno de gasolina. La gasolina, obviamente, no apagará el fuego.

Mientras reflexionas sobre el desastre, llega alguien. Presa del pánico, agarra el cubo. Antes de que te dé tiempo a decirle que se detenga —o antes de que comprenda porqué debería detenerse— el contenido del cubo está en el aire. La gasolina está en el aire. La gasolina está a punto de caer sobre el coche ardiendo. Y las llamas de la gasolina incendiarán todo lo que hay alrededor.

HAY UNA GUERRA en torno al *copyright* que se está combatiendo en todas partes a nuestro alrededor —nos estamos fijando en el tema equivocado. Sin duda, las tecnologías actuales amenazan a las actuales empresas. Sin duda, puede que amenacen a los artistas. Pero las tecnologías cambian. La industria y los técnicos tienen medios de sobra para usar la tecnología para protegerse de las amenazas de Internet. Se trata de un fuego que si se deja en paz se apagará por sí solo.

Sin embargo, los legisladores no están dispuestos a dejar este fuego en paz. Apremiados por la enorme cantidad de dinero de los grupos de presión, están deseosos de intervenir para eliminar el problema localizado. Sin embargo, el problema que han localizado no es la verdadera amenaza a la que se enfrenta la cultura. Porque mientras miramos a este pequeño fuego en el rincón, por todo nuestro alrededor está teniendo lugar un cambio masivo en la forma en la que se produce cultura.

De algún modo tenemos que hallar una manera de dirigir la atención hacia esta cuestión que es fundamental y más importante. De alguna manera tenemos que hallar una manera que evitar echar más gasolina al fuego.

Todavía no hemos encontrado la forma. Por el contrario, parece que estamos atrapados en una visión binaria mucho más simple. Por más que mucha gente se esfuerce en definir este debate en términos más amplios, persiste esta visión, simple y binaria. Giramos el cuello para mirar al fuego cuando deberíamos estar con los ojos fijos en la carretera.

Este reto ha sido mi vida en estos últimos años. También ha sido mi fracaso. En los dos capítulos que siguen describo una pequeña serie de esfuerzos, fracasados por el momento, para encontrar una manera de redefinir el debate. Debemos comprender estos fracasos si queremos entender qué es lo que hará falta para triunfar.

13. *Eldred*

EN 1995 un padre estaba frustrado con que a sus hijas no pareciera gustarles Hawthorne. Sin duda hay más de un padre así, pero al menos éste hizo algo al respecto. Eric Eldred, un programador jubilado que vivía en New Hampshire, decidió poner a Hawthorne en la Red. Una versión digital, pensó Eldred, con enlaces a imágenes y a textos explicativos, daría vida a la obra de este autor del siglo XIX.

No funcionó —al menos no con su hijas. No hallaron a Hawthorne ni una pizca más interesante que antes. Pero el experimento de Eldred dio a luz un hobby y este hobby engendró una causa: Eldred decidió construir una biblioteca de obras bajo dominio público, escaneándolas y poniéndolas a disposición general de forma gratuita.

La biblioteca de Eldred no era simplemente una copia de determinadas obras del dominio público, aunque incluso una copia habría sido de gran valor para gente de todo el mundo que no tuviera acceso a las versiones impresas de las mismas. Eldred, además, estaba produciendo obras derivadas de esas obras bajo dominio público. Igual que Disney convirtió a los cuentos de los Grimm en historias más accesibles para el siglo XX, Eldred transformó a Hawthorne y a muchos otros de forma que fueran más accesibles —accesibles técnicamente— hoy en día.

La libertad de Eldred para hacer esto con la obra de Hawthorne procedía de la misma fuente que la de Disney. *La letra escarlata* de Hawthrone había pasado al dominio público en 1907. Era libre para que cualquiera la tomara sin el permiso de los herederos de Hawthorne o de nadie más. Hay gente, como Dover y Penguin Classics, que toma obras del dominio público y produce ediciones impresas, que luego vende en librerías por todo el país. Otros, como Disney, toman estas historias y las convierten en dibujos animados, a veces con éxito (*Cenicienta*), a veces sin él (*El jorobado de Notre Dame*, *El planeta del tesoro*). Todas son publicaciones comerciales de obras en el dominio público.

Internet creó la posibilidad de publicaciones no comerciales de obras en el dominio público. El ejemplo de Eldred es sólo uno entre muchos. Hay literalmente miles de ellos. Cientos de miles de personas en todo el planeta han descubierto esta plataforma de expresión y la usan ahora para compartir obras que son, según las leyes, libres para que cualquiera las tome. Esto ha producido lo que podríamos llamar la «industria editorial no comercial», que antes de Internet estaba limitada a la gente con egos enormes o con causas políticas o sociales. Pero con Internet incluye una amplia gama de individuos y grupos dedicados a difundir la cultura en general.[1]

Como dije, Eldred vive en New Hampshire. En 1998 se anunció que el libro de poemas New Hampshire de Robert Frost iba a pasar al dominio público. Eldred quería publicarlo en su biblioteca pública, libre y gratuita. Pero el Congreso se metió por medio. Como describí en el capítulo 10, en 1998, por undécima vez en cuarenta años, el Congreso extendió los plazos para los copyrights ya existentes —esta vez por veinte años. Eldred no podría añadir a su colección ni una obra que fuera posterior a 1923 hasta el 2019. De hecho, ninguna obra con copyright pasaría al dominio público hasta ese año (y ni siquiera entonces, si el Congreso volvía a extender el plazo). En cambio, en el mismo periodo más de un millón de patentes pasarían al dominio público.

Fue la Ley de Extensión del Plazo del Copyright de Sonny Bono (CTEA en inglés), promulgada en memoria del congresista y antes músico Sonny Bono, quien, según cuenta su viuda Mary Bono, creía que «los copyrights deberían ser para siempre».[2]

---

[1] Hay aquí un paralelismo con la pornografía que es fácil de describir, pero que es convincente. Internet creó un nuevo fenómeno: un mundo de pornógrafos no comerciales —gente que estaba distribuyendo porno pero que no estaba ganando nada directa o indirectamente de esa distribución. Esa clase no existía antes de que naciera Internet porque los costes de distribuir porno eran muy altos. Sin embargo, esta clase de distribuidores recibieron atención especial en el Tribunal Supremo, cuando el Tribunal anuló la Communications Decency Act de 1996. Fue en parte debido a la carga de los emisores no comerciales que se halló que el estatuto excedía el poder del Congreso. La misma idea se podría haber expresado acerca de los editores no comerciales después de la llegada de Internet. Los Eric Eldred del mundo eran extremadamente pocos antes de Internet. Sin embargo, uno pensaría que es al menos igual de importante proteger a los Eldreds del mundo que proteger a los pornógrafos no comerciales.

[2] El texto completo es: «Sonny [Bono] quería que el plazo de la protección del copyright durara para siempre. Mi equipo me informa que semejante modificación violaría la Constitución. Les invito a todos ustedes a trabajar conmigo para fortalecer nuestras leyes de copyright de todas las maneras que estén a nuestra disposición. Como ustedes saben, también hay una propuesta de Jack Valenti a favor de un plazo que dure para siempre menos un día. Quizás la Comisión pueda considerar esta propuesta en la próxima reunión del Congreso» 144 Cong. Rec. H9946, 9951-2 (7 de octubre de 1998).

Eldred decidió luchar contra esta ley. Primero decidió enfrentarse a ella mediante la desobediencia civil. En una serie de entrevistas, Eldred anunció que iba a publicar la obra como tenía planeado, a pesar de la CTEA. Pero debido a una segunda ley aprobada en 1998, la NET (Ningún Robo Electrónico), este acto de publicación convertiría a Eldred en un delincuente —aunque nadie se quejara. Ésta era una estrategia peligrosa para un programador discapacitado.

Es aquí cuando me involucré en la batalla de Eldred. Yo era un especialista en derecho constitucional cuya pasión primordial era la interpretación de la Constitución. Y aunque las clases de derecho constitucional nunca se centraban en la «Cláusula del progreso de la Constitución», siempre me había parecido que era diferente de una forma importante. Como sabes, la Constitución de Estados Unidos dice:

> El Congreso tiene el poder de promover el progreso de la ciencia [...] asegurando por un tiempo limitado a los autores [...] un derecho exclusivo sobre sus [...] escritos [...].

Como ya he explicado, esta cláusula es única dentro de la cláusula de concesión de poderes del artículo I, sección 8 de la Consitución. Todas las otras cláusulas que conceden poder al Congreso simplemente dicen que el Congreso tiene poder para hacer algo —por ejemplo, para regular «el comercio entre varios Estados» o para «declarar la guerra». Pero aquí, el «algo» es algo muy específico —«promover [...] el progreso»— usando medios que también son específicos —«asegurando» «derechos exclusivos» (es decir, copyrights) «por un tiempo limitado».

En los últimos cuarenta años, el Congreso ha tomado la costumbre de extender los plazos existentes de protección del copyright. Lo que me desconcertaba de todo esto era que, si el Congreso tenía el poder para extender los plazos existentes, entonces el requisito constitucional de que los plazos fueran «limitados» no tendría efectos prácticos. Si cada vez que un copyright está a punto de expirar el Congreso tiene el poder de extender su plazo, entonces el Congreso puede lograr lo que la Constitución prohíbe explícitamente —un periodo a perpetuidad «con un plan de pago a plazos», como lo llama con gran acierto el profesor Peter Jaszi.

Como profesor universitario que soy, mi primera respuesta fue irme a los libros. Recuerdo estar sentado hasta tarde en mi despacho, recorriendo bases de datos en busca de cualquier discusión seria en relación a esta cuestión. Nadie había desafiado nunca la práctica del Congreso de extender los plazos ya existentes. Ese fracaso era en parte la razón por la que el Congreso parecía no tener problemas con esta costumbre. Eso, y el hecho de que la costumbre

se había vuelto muy lucrativa. El Congreso sabía que los dueños del copyright estarían dispuestos a pagar grandes cantidades de dinero para conseguir que se extendieran los plazos de sus copyrights. Y por lo tanto está encantado de dejar que este chollo siga y siga.

Porque éste es el núcleo de la corrupción en nuestro sistema actual de gobierno. «Corrupción» no en el sentido de que se soborne a un congresista. Más bien, «corrupción» en el sentido de que el sistema induce a que los beneficiarios de las acciones del Congreso recauden y le den dinero al Congreso para inducirle a que actúe. El tiempo tiene un límite, y también lo que puede hacer el Congreso. ¿Por qué no limitar sus actos a las cosas que debe hacer —y a las cosas que dan beneficios? Extender los plazos del copyright da beneficios.

Si esto no te parece obvio, piensa en esto: digamos que tú eres uno de los muy pocos afortunados dueños de copyright cuyo copyright sigue produciendo dinero cien años después de que se creara. Los herederos de Robert Frost son un buen ejemplo. Frost murió en 1963. Su poesía continúa siendo extraordinariamente valiosa. Por lo tanto los herederos de Robert Frost se benefician enormemente de cualquier extensión del copyright, ya que ningún editor les pagaría nada si cualquiera pudiera publicar gratis los poemas que escribió Frost.

Así que imagina que los herederos de Robert Frost están ganando 100.000 dólares al año con tres poemas de Frost. E imagina que el *copyright* para estos tres poemas está a punto de expirar. Eres miembro del consejo de herederos de Robert Frost. Tu consejero financiero llega a la reunión del consejo con un informe muy sombrío:

«El año que viene», anuncia el consejero, «expirarán nuestros *copyrights* de las obras A, B y C. Eso significa que después del año que viene no recibiremos el cheque anual de royalties por 100.00 dólares por parte de los editores de esas obras».

«Hay una propuesta en el Congreso, sin embargo», continúa, «que podría cambiar esto. Algunos congresistas están sondeando una ley para extender los plazos del copyright veinte años más. Esa ley podría ser extraordinariamente valiosa para nosotros. Así que esperemos que se apruebe».

«¿Esperemos?», dice otro miembro del consejo. «¿No podemos hacer nada acerca de esto?»

«Bueno, obviamente, sí», responde el consejero. «Podríamos contribuir a las campañas de unos cuantos congresistas para intentar asegurarnos de que apoyan esta ley».

Odias la política. Odias contribuir a las campañas de nadie. Así que quieres saber si esta práctica repugnante vale la pena. «¿Cuánto sacaríamos si se aprueba esta extensión?», le preguntas al consejero. «¿Cuánto vale?»

«Bueno», dice el consejero, «si confiamos en que seguiremos sacando al menos 100.000 dólares al año por estos copyrights, y si usamos la "tasa de descuento" que usamos para evaluar nuestras inversiones (6%), entonces esta ley podría costar 1.460.000 dólares».

Estás un poco conmocionado por la cifra, pero rápidamente llegas a la conclusión correcta:

«Así que lo que dices es que nos valdría la pena pagar más de un millón en donaciones electorales si tuviéramos confianza en que esas contribuciones asegurarían que se aprobaría la ley?»

«Totalmente», responde el consejero. «Vale la pena contribuir hasta llegar al "valor actual" de los ingresos que se esperan por esos *copyrights*. Lo cual para nosotros significa más de un millón de dólares».

Rápidamente pillas la idea —tú como miembro del consejo de dirección y, confío, tú como lector. Cada vez que los copyrights están a punto de expirar, cada beneficiario en la posición de los herederos de Robert Frost se enfrenta a la misma decisión: si pueden contribuir a que se apruebe la ley para extender los copyrights, se beneficiarán en gran medida de esa extensión. Y así, cada vez que los copyrights están a punto de expirar, hay un volumen masivo de actividad por parte de los grupos de presión para lograr que se extienda el plazo del copyright.

De esta manera se pone en marcha la máquina de movimiento perpetuo del Congreso: mientras se pueda comprar legislación (aunque sea indirectamente), siempre habrá todo el incentivo del mundo para comprar nuevas extensiones del copyright.

Durante el tiempo que duraron las presiones que llevaron a la aprobación de la CTEA quedó demostrada esta «teoría» sobre los incentivos. Diez de los trece patrocinadores originales de la ley en el Congreso recibieron de Disney la máxima contribución posible; en el Senado, ocho de los doce patrocinadores recibieron donaciones.[3] Se calcula que la RIAA y la MPAA gastaron un millón y medio de dólares en grupos de presión durante el ciclo electoral de 1998. Pagaron más de 200.000 dólares en donaciones electorales.[4]

---

3 Associated Press, «Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort; Congress OKs Bill Granting Creators 20 More Years», *Chicago Tribune*, 17 de octubre de 1998, p. 22.

4 Véase Nick Brown, «Fair Use No More?: Copyright in the Information Age», disponible en el enlace #49.

Se calcula que Disney contribuyó con más de 800.000 dólares a las campañas de reelección en el ciclo de 1998.[5]

EL DERECHO CONSTITUCIONAL no se olvida de lo que es obvio. O, al menos, no está obligado a hacerlo. Así que cuando estaba considerando la queja de Eldred, esta realidad sobre los incentivos interminables para incrementar el plazo de copyright era una parte central de mis reflexiones. En mi opinión, un tribunal pragmático dedicado a interpretar y aplicar la Constitución que escribieron los padres constitucionales vería que si el Congreso tiene el poder para extender los plazos existentes, entonces no habría de hecho requisito constitucional para que los plazos fueran «limitados». Si pudieron extenderlos una vez, entonces los extenderían otra vez y otra y otra.

Era también mi parecer que *este* Tribunal Supremo no permitiría que el Congreso extendiera los plazos ya existentes. Como sabe cualquiera que esté familiarizado con la obra jurídica del Tribunal Supremo, este Tribunal ha restringido cada vez más el poder del Congreso cuando ha visto que las acciones del Congreso excedían el poder concedido por la Constitución. Entre los estudiosos de la Constitución el ejemplo más famoso de esta tendencia fue la decisión del Tribunal Supremo de 1995 cuando anuló una ley que prohibía la posesión de pistolas cerca de las escuelas.

Desde 1937 el Tribunal Supremo ha interpretado de forma muy amplia los poderes concedidos al Congreso; así que, mientras que la Constitución le concede al Congreso el poder para regular solamente «el comercio entre varios estados» (también conocido como «comercio interestatal»), el Tribunal Supremo ha interpretado que ese poder incluye también la capacidad de regular cualquier actividad que simplemente afecte al comercio interestatal.

Conforme creció la economía, este estándar significó cada vez más que no había límite de regulación al poder del Congreso, ya que cualquier actividad, cuando se la consideraba a escala nacional, afectaba al comercio interestatal. Una Constitución diseñada para limitar el poder del Congreso se interpretaba, por el contrario, con el fin de no imponer ningún límite.

El Tribunal Supremo, bajo la dirección del magistrado jefe Rehnquist, cambió esta situación en el caso de *Los Estados Unidos contra Lopez* [sic]. El gobierno había argumentado que poseer pistolas cerca de las escuelas afectaba al comercio interestatal. Las pistolas cerca de las escuelas aumentan el

---

5 Alan K. Ota, «Disney in Washington: The Mouse That Roars», *Congressional Quarterly This Week*, 8 de agosto de 1990, disponible en el enlace #50

crimen, el crimen disminuye el valor de la propiedad, etc. En la vista oral, el juez principal le preguntó al gobierno si había alguna actividad que no afectara al comercio interestatal bajo el razonamiento ofrecido por el gobierno. El gobierno dijo que no; si el Congreso decía que una actividad afectaba al comercio interestatal, entonces esa actividad afectaba al comercio interestatal. El Tribunal Supremo, decía el gobierno, no estaba en posición de predecir qué haría el Congreso.

«Nos detuvimos a considerar las implicaciones de los argumentos del gobierno», escribió el magistrado jefe del Tribunal Supremo.[6] Si cualquier cosa que el Congreso dice que es comercio interestatal debe considerarse por lo tanto comercio interestatal, entonces no habría límites al poder del Congreso. La decisión en Lopez fue reafirmada cinco años más tarde en *Los Estados Unidos contra Morrison*.[7]

Este aparente principio operativo debería aplicarse a la «Cláusula del progreso» tanto como a la «Cláusula de comercio».[8] Y si se aplicara a la «Cláusula del progreso», el principio debería llevar a la conclusión de que el Congreso no puede extender un plazo ya existente. Si el Congreso pudiera extender un plazo ya existente, entonces no habría «punto de llegada» para el poder del Congreso sobre los plazos, aunque la Constitución expresamente declara que sí existe semejante límite. Así, el mismo principio aplicado al poder de conceder copyrights debería suponer que no se permite al Congreso extender el plazo de los copyrights ya existentes.

Esto es así, si el principio anunciado en *Lopez* fuera un principio. Muchos pensaron que la decisión en el caso *Lopez* era política —un Tribunal Supremo conservador, que creía en los derechos de los Estados, usando su poder sobre el Congreso para impulsar sus propias preferencias personales en política. Pero yo rechacé esa opinión sobre la decisión del Tribunal. De hecho, poco antes de esa decisión, escribí un artículo demostrando la «fidelidad» de semejante interpretación de la Constitución. La idea de que el Tribunal Supremo decide sobre los casos basándose en su ideología política me resultaba extraordinariamente aburrida. No iba a dedicar mi vida a enseñar derecho constitucional si estos nueve jueces acabaran por ser unos politicuchos.

---

6 Estados Unidos contra Lopez, 514 U.S. 549, 564 (1995).

7 Estados Unidos contra Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

8 Si es un principio sobre poderes enumerados, entonces el principio se sigue de un poder enumerado a otro. El punto que animó la cuestión en el contexto de la «Cláusua de comercio» fue que la interpretación ofrecida por el gobierno permitiría que éste tuviera un poder ilimitado para regular el comercio —a pesar de la limitación al comercio interestatal. La misma idea es cierta en el contexto de la «Cláusula de copyright». Aquí también la interpretación del gobierno permitiría que éste tuviera un poder ilimitado para regular copyrights —a pesar de la limitación a «un tiempo limitado».

AHORA DETENGÁMONOS POR un momento para asegurarnos de que entendemos aquello de lo qué no trataba el argumento de Eldred. Al insistir en el límite constitucional del copyright, obviamente Eldred no estaba apoyando la piratería. De hecho, en un sentido obvio, estaba luchado contra un tipo de piratería —la piratería contra el dominio público. Cuando Robert Frost escribió su obra y cuando Walt Disney creó a Mickey Mouse, el plazo máximo del copyright era sólo de cincuenta y seis años. Debido a los cambios en este tiempo, Frost y Disney ya habían disfrutado de un monopolio de setenta y cinco años sobre su obra. Habían obtenido el beneficio del trato que prevé la Constitución: a cambio de un monopolio protegido durante cincuenta y seis años, crearon nuevas obras. Pero ahora estas entidades estaban usando su poder —expresado por medio del poder del dinero de los grupos de presión—para conseguir otros veinte años de monopolio. Esos veinte años se tomarían del dominio público. Eric Eldred estaba luchando contra una piratería que nos afecta a todos nosotros.

Hay gente que mira con desprecio al dominio público. En su escrito presentado al Tribunal Supremo, la Nashville Songwriters Association afirmó que el dominio público no era más que «piratería legal».[9] Pero no es piratería cuando las leyes lo permiten; y en nuestro sistema constitucional, las leyes lo exigen. A algunos no les gustarán los requisitos de nuestra Constitución, pero eso no convierte a nuestra Constitución en una patente de corso que permita la piratería.

Como hemos visto, nuestro sistema constitucional exige límites al copyright como forma de asegurar que los titulares de copyright no influyan con demasiada fuerza en el desarrollo y la distribución de nuestra cultura. Sin embargo, como descubrió Eric Eldred, hemos establecido un sistema que asegura que los plazos del copyright se extenderán, se extenderán y se extenderán una y otra vez. Hemos creado la tormenta perfecta para el dominio público. Los copyrights no han expirado, y no expirarán, en tanto que el Congreso sea libre de venderse para extenderlos.

LOS COPYRIGHTS valiosos son los responsables de que se extiendan los plazos. Mickey Mouse y «Rhapsody in Blue». Estas obras son demasiado valiosas como para que los dueños de los copyrights las ignoren. Pero el daño real para nuestra sociedad resultante de las extensiones del copyright no es que

---

9 Escrito de la Nashville Songwriters Association, *Eldred contra Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), n.10, disponible en el enlace #51.

Mickey Mouse permanezca en las manos de Disney. Olvídate de Mickey Mouse. Olvídate de Robert Frost. Olvídate de todas esas obras de los años veinte y treinta que siguen teniendo un valor comercial. El daño real causado por las extensiones del copyright no proviene de esas obras famosas. El daño real se produce en las obras que no son famosas, que no son explotadas comercialmente, y que por lo tanto ya no están disponibles.

Si examinas la obras creadas en los primeros veinte años (1923 a 1942) afectados por la CTEA, el 2% de esas obras siguen teniendo algún valor comercial. Son los dueños de ese 2% quienes impulsaron la CTEA hasta el final. Pero la ley y sus efectos no se limitaron a ese 2%. La ley extendió los plazos del copyright en general.[10]

Piensa en términos prácticos sobre las consecuencias de esa extensión; en términos prácticos, como un empresario, y no como un abogado deseoso de más trabajo. En 1930 se publicaron 10.047 libros. En 2000 174 de esos libros todavía estaban disponibles en catálogo. Digamos que eres Brewster Kahle y que quieres poner a disposición del mundo en tu proyecto iArchive los otros 9.873 ¿Qué tendrías que hacer?

Bueno, primero tendrías que determinar cuáles de entre esos 9.873 están todavía bajo copyright. Eso exige ir a una biblioteca (esta información no está en la Red) revisar pilas de libros, comparando los títulos y autores de esos 9.873 libros con los archivos de registro y renovación de copyright para las obras de 1930. De ahí saldría una lista de libros que todavía están bajo copyright.

Entonces, para los libros que todavía están bajo copyright, tendrías que localizar al dueño actual del copyright. ¿Cómo harías eso?

La mayoría de la gente cree que debe de haber en algún sitio una lista de esos dueños de copyright. La gente práctica piensa así. ¿Cómo podría haber miles y miles de monopolios gubernamentales sin que hubiera al menos una lista?

Pero no hay ninguna lista. Puede que haya un nombre de 1930, y otro de 1959, de la persona que registró el copyright. Pero piensa, simplemente en términos prácticos, hasta qué punto sería imposible seguirle el rastro a miles de registros semejantes —especialmente debido al hecho de que la persona que registró el copyright no es necesariamente el dueño actual. ¡Y sólo estamos hablando de 1930!

---

[10] La cifra del 2% es una extrapolación del estudio del Servicio de Investigación del Congreso, a la luz de la gama estimada de renovación. Véase el escrito de los demandantes, *Eldred contra Ashcroft*, 7, disponible en el enlace #52.

«Pero no hay una lista de propietarios en general», dicen los que defienden el sistema. «¿Por qué debería haber una lista de propietarios de copyright?»

Bueno, realmente, si lo piensas, *hay* numerosas listas sobre quién es dueño de qué propiedad. Piensa en las escrituras de casas o en las matriculaciones de coches. Y donde no hay una lista, el código del espacio real es muy bueno a la hora de sugerir quién es el dueño de una determinada propiedad. (Un columpio en el patio de tu casa es probablemente tuyo). Así que formal o informalmente, tenemos muy buenos medios de saber quién posee qué propiedad tangible.

Por tanto: vas andando por la calle y ves una casa. Puedes saber quién es el dueño buscándola en el registro municipal. Si ves un coche, suele haber una matrícula que vincula al dueño con el coche. Si ves un montón de juguetes tirados por el césped delante de una casa, es bastante fácil determinar quién es el dueño de los juguetes. Y si resulta que ves una pelota de béisbol junto al bordillo de la calle, mira alrededor un segundo para ver si hay niños jugando. Si no ves a ningún chaval, entonces de acuerdo: aquí hay una propiedad cuyo dueño no podemos determinar fácilmente. Es la excepción que confirma la regla: que habitualmente sabemos muy bien quién es el dueño de cada propiedad.

Compara esta historia con la propiedad intangible. Vas a una biblioteca. La biblioteca es la dueña de los libros. ¿Pero quién es el dueño de los copyrights? Como ya he descrito, no hay una lista de dueños de copyright. Hay nombres de autores, por supuesto, pero esos copyrights pueden haber sido asignados o pasados en un legado, como las joyas antiguas de la abuela. Para saber quién es dueño de qué, tienes que contratar a un detective privado. En resumen: no es fácil localizar al dueño. Y en un régimen como el nuestro, en el que es delito usar semejante propiedad sin el permiso del dueño de esa propiedad, nadie va a usarla.

La consecuencia con respecto a los libros viejos es que nadie los digitalizará, y por lo tanto simplemente se pudrirán en las estanterías. Pero las consecuencias para otras obras creativas son mucho más desastrosas.

Consideremos la historia de Michael Agee, presidente de Hal Roach Studios, dueños de los copyrights de las películas de Laurel y Hardy. Agee es un beneficiario directo de la Ley de Sonny Bono. Las películas de Laurel y Hardy se hicieron entre 1921 y 1951. Sólo uno de estos filmes, *The Lucky Dog*, está actualmente fuera de la regulación de copyright. Pero de no ser por la CTEA, las películas hechas después de 1923 habrían empezado a entrar en el dominio público. Como Agee controla los derechos exclusivos para estas populares películas, gana mucho dinero con ellas. Según sus propios cálculos, «Roach ha vendido unas 60.000 cintas de video y unos 50.000

DVDs de las películas mudas de la pareja».[11] Sin embargo, Agee se opuso a la CTEA. Sus razones muestran una virtud rara en esta cultura: la generosidad. Argumentó en un escrito presentado ante el Tribunal Supremo que la CTEA, si permaneciera en pie, destruiría toda una generación del cine de EE.UU.

Su argumento va al grano. Sólo una minúscula parte de estas obras tiene todavía valor comercial. El resto —en la medida en que aún existe— está guardado en sótanos, acumulando polvo. Puede que algunas de estas obras actualmente sin valor comercial llegaran a tenerlo para el dueño de los sótanos. Para que esto ocurra, sin embargo, los beneficios comerciales resultantes de las obras deben superar los costes de hacer que las obras estén disponibles para la distribución.

No sabemos nada de los beneficios, pero sí sabemos mucho sobre los costes. Durante la mayor parte de la historia del cine los costes de restaurar celuloide eran muy altos; la tecnología digital ha bajado estos costes sustancialmente. Mientras que en 1993, costaba más de 10.000 dólares restaurar una película en blanco y negro de noventa minutos, ahora puede costar tan sólo 100 dólares digitalizar una película de 8mm de una hora.[12]

La tecnología de restauración no es el único coste, ni el más importante. Los abogados son también un coste y uno cada vez más importante. Además de preservar la película, un distribuidor necesita obtener los derechos. Y para obtener los derechos de una película que está bajo copyright, tienes que localizar al dueño de los derechos.

O, con mayor precisión, los dueños. Como hemos visto, no hay un único copyright asociado con una película: hay muchos. No hay una única persona con la que te pones en contacto con respecto a estos copyrights; hay tantas como derechos pueda haber, lo cual resulta un número enorme. Así que los costes de obtener los derechos para estas películas son excepcionalmente altos.

«¿Pero no puedes simplemente restaurar la película, distribuirla y pagarle al dueño del copyright cuando aparezca?» Sí, seguro, si quieres cometer un delito. E incluso si no te preocupara cometer un delito, cuando el dueño aparezca tendrá el derecho a demandarte por el valor de todos tus beneficios. Así

---

11 Véase David G. Savage, «High Court Scene of Showdown on Copyright Law», Los Angeles Times, 6 de octubre de 2002; David Streitfeld, «Classic Movies, Songs, Books at Stake; Supreme Court Hears Arguments Today on Striking Down Copyright Extension», *Orlando Sentinel Tribune*, 9 de octubre de 2002.

12 Brief of Hal Roach Studios and Michael Agee as Amicus Curiae Supporting the Petitoners, *Eldred contra Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01- 618), 12. Véase también Brief of Amicus Curiae filed on behalf of Petitioners by the Internet Archive, *Eldred contra Ashcroft*, disponible en el enlace #53.

que, si tienes éxito, puedes estar seguro de que vas a recibir una llamada del abogado de alguien. Y si no tienes éxito, no habrás ganado lo suficiente como para cubrir los costes de tu propio abogado. En cualquier caso, tienes que hablar con un abogado. Y como pasa demasiado a menudo, decir que tienes que hablar con un abogado es lo mismo que decir que no ganarás nada en absoluto.

Para algunas películas, el beneficio de reestrenar la película bien puede superar estos costes. Pero para la inmensa mayoría de ellos, no hay forma de que los beneficios superen los costes legales. De manera que, en el caso de la inmensa mayoría de películas antiguas, la película ni se restaurará ni se distribuirá hasta que expire el copyright.

Pero para cuando expire el copyright de estas películas, la película habrá expirado. Estas películas se hacían con una película con base de nitrato y la película de nitrato se disuelve con el tiempo. Se desvanecerán, y las latas en las que ahora estarán almacenadas no estarán llenas de nada más que polvo.

De toda la obra creativa producida por los seres humanos, solamente una fracción minúscula ha seguido teniendo valor comercial. Para esa fracción minúscula, el copyright es un instrumento legal de importancia crucial. Para esa fracción minúscula, el copyright crea incentivos para producir y distribuir obras creativas. Para esa fracción minúscula, el copyright actúa como «un motor de libre expresión».

Pero incluso para esa fracción minúscula, el tiempo real durante el cual la obra creativa tiene una vida comercial es extremadamente corto. Como he indicado, la mayoría de los libros dejan de imprimirse en un año. Lo mismo ocurre con la música y el cine. La cultura comercial es como un tiburón. Tiene que seguir moviéndose. Y cuando la obra creativa pierde el favor de los distribuidores comerciales, su vida comercial acaba.

Pero esto no significa el final de la vida de una obra creativa. No mantenemos bibliotecas para competir con Barnes & Noble y no tenemos filmotecas porque esperemos que la gente escoja entre pasar la noche del viernes viendo películas nuevas y pasarla viendo un noticiero de 1930. La vida no comercial de nuestra cultura es importante y valiosa —para el entretenimiento, pero también, y de modo más importante, para el conocimiento. Para entender quiénes somos, de dónde venimos y cómo hemos cometido los errores que hemos cometido, tenemos que tener acceso a esta historia.

Los copyrights en este contexto no son el motor de la libre expresión. En este contexto, no hay necesidad alguna de un derecho exclusivo. Los copyrights en este contexto no producen ningún beneficio.

Sin embargo, durante la mayor parte de nuestra historia, tampoco hicieron mucho daño. Durante la mayor parte de nuestra historia, no había *usos relacionados con el copyright* que pudieran ser inhibidos por un derecho exclusivo. Cuando un libro dejaba de imprimirse, no podías comprárselo a su editor. Pero todavía podías comprarlo en una librería de segunda mano, y cuando lo vende una tienda de segunda mano, no hay que pagarle nada al dueño del copyright, al menos en Estados Unidos. Por lo tanto, el uso habitual de un libro después de que terminara su vida comercial era independiente de la ley del copyright.

De hecho, ocurría lo mismo con el cine. Como los costes de restaurar una película —los costes económicos reales, no los gastos en abogados— eran tan altos, nunca había sido factible en absoluto preservar o restaurar películas. Igual que los restos de una gran cena, cuando se acababan, se acababan para siempre. Una vez que a una película se le terminaba su vida comercial, puede que se archivara por un corto tiempo, pero eso era el fin de su vida mientras el mercado no tuviera más que ofrecer.

En otras palabras, aunque el copyright ha sido relativamente corto durante la mayor parte de nuestra historia, copyrights largos no hubieran sido importantes en relación a las obras que hubieran perdido su valor comercial. Los copyrights largos para estas obras no habrían interferido con nada.

Sin embargo, esta situación ha cambiado ahora.

Una consecuencia importante y crucial es la aparición de tecnologías digitales que hacen posible el archivo con el que sueña Brewster Kahle. Las tecnologías digitales permiten preservar y dar acceso a todo tipo de conocimientos. Una vez que un libro deja de imprimirse, ahora podemos pensar en digitalizarlo y ponerlo a disposición de todos para siempre. Una vez que una película deja de distribuirse, podemos digitalizarla y ponerla a disposición de todos para siempre. Las tecnologías digitales devuelven la vida a los materiales con copyright después de que acabe su vida comercial. Ahora es posible preservar y asegurar un acceso universal a este conocimiento y a esta cultura, cuando antes no era posible.

Y ahora la ley de copyright se mete por medio. Cada paso en la elaboración de este archivo digital de nuestra cultura viola el derecho exclusivo del copyright. Digitalizar un libro es copiarlo. Hacerlo exige el permiso del dueño del copyright. Igual pasa con la música, el cine, o cualquier otro aspecto de nuestra cultura protegido por el copyright. El esfuerzo para

poner esas cosas al alcance de la historia, o de los investigadores, o de aquellos que simplemente quieren explorar, está ahora imposibilitado por una serie de reglas que fueron escritas para un contexto radicalmente diferente.

He aquí el corazón del daño resultante de extender los plazos: ahora que la tecnología nos permite reconstruir la biblioteca de Alejandría, las leyes se meten por medio. Y no se meten por medio por ningún motivo útil relacionado con el copyright, pues el objetivo del copyright es hacer posible el mercado comercial que difunde la cultura. De ninguna manera. Estamos hablando de cultura después de que haya vivido su vida comercial. En este contexto, el copyright no sirve *en absoluto* para nada relacionado con la difusión del conocimiento. En este contexto, el copyright no es un motor para la libre expresión. El copyright es un freno.

Puedes preguntarte: «Pero si las tecnologías digitales reducen los costes para Brewster Kahle, entonces también reducirán los costes para Random House. Así que ¿no lo hará Random House tan bien como Brewster Kahle a la hora de difundir ampliamente la cultura?»

Quizás. Algún día. Pero no hay absolutamente ninguna prueba de que los editores vayan a ser tan exhaustivos como las bibliotecas. Si Barnes & Noble se ofreciera a prestar libros de sus tiendas a bajo a precio, ¿eliminaría eso la necesidad de bibliotecas? Sólo si crees que la única función de las bibliotecas es servir lo que demande «el mercado». Pero si crees que la función de una biblioteca es más que eso —si crees que su función es archivar la cultura, sin que importe si hay demanda o no para un determinado objeto cultural— entonces no puedes contar con que el mercado comercial haga la función de las bibliotecas.

Yo sería el primero en estar de acuerdo con que este mercado debería hacer todo lo que estuviera en su mano: deberíamos confiar en el mercado tanto como sea posible para difundir y hacer posible la cultura. Mi mensaje no es en absoluto anti-mercado. Pero allá donde vemos que el mercado no está haciendo este trabajo, tenemos que permitir que las fuerzas no comerciales tengan la libertad de llenar los huecos. Según ha calculado un investigador para la cultura de EE.UU., el 94 % del cine, los libros y la música producidos entre 1923 y 1946 no se puede hallar comercialmente. Por mucho que uno aprecie el mercado comercial, si el acceso es un valor, un 6% es un fracaso a la hora de proporcionar ese valor.[13]

---

[13] Jason Schultz, «The Myth of the 1976 Copyright "Chaos" Theory», 20 de diciembre de 2002, disponible en el enlace #54.

En enero de 1999 presentamos una demanda en nombre de Eric Eldred en el distrito judicial federal de Washington, DC, pidiéndole al tribunal que declarara inconstitucional la «Ley de extensión del plazo de copyright de Sonny Bono». Los dos alegatos centrales eran (1) que extender los plazos de copyright ya existentes violaba el requisito de «un tiempo limitado» de la Constitución y (2) que extender los plazos por otros veinte años violaba la Primera Enmienda.

El tribunal del distrito rechazó nuestras demandas sin ni siquiera oír nuestros argumentos. Una sala del Tribunal de Apelación del distrito judicial de D.C. también rechazó nuestras demandas, aunque después de oír una extensa argumentación de las mismas. Sin embargo, esa decisión tuvo al menos un voto particular, de uno de los magistrados más conservadores de ese tribunal. Ese voto particular dio vida a nuestras reclamaciones.

El juez David Sentelle dijo que la CTEA violaba el requisito de que los copyrights fueran solamente por «un tiempo limitado». Su argumento era tan elegante como sencillo: si el Congreso podía extender los plazos ya existentes, entonces no había «término» para el poder del copyright bajo la «Cláusula del copyright». El poder para extender los plazos ya existentes significaba que el Congreso no tenía el requisito de conceder plazos que fueran «limitados». Por lo tanto, argumentaba el juez Sentelle, el tribunal tenía que interpretar la expresión «tiempo limitado» para darle significado. Y la mejor interpretación, argumentaba el juez Sentelle, sería negarle al Congreso el poder para extender los plazos ya existentes.

Le pedimos al Tribunal de Apelación del distrito judicial de D.C. al completo que oyera el caso. Habitualmente los casos se ven en salas de tres magistrados, salvo para casos importantes o casos que presentan cuestiones específicas para el distrito en general, en los que el tribunal al completo se sienta en pleno para oír el caso.

El Tribunal de Apelación rechazó nuestra petición para oír el caso de esta forma. Esta vez, al juez Sentelle se le unió el miembro más liberal del tribunal de D.C., el juez David Tatel. Tanto el magistrado más conservador como el más liberal en el circuito de D.C. pensaban que el Congreso había sobrepasado sus límites.

Era aquí donde la mayoría esperaba que muriera el caso *Eldred contra Ashcroft*, porque el Tribunal Supremo raramente revisa una decisión tomada por un tribunal de apelación. (Ve unos cien casos al año, de entre más de cinco mil apelaciones). Y prácticamente nunca revisa una decisión que defienda un estatuto cuando ningún otro tribunal ha revisado todavía ese estatuto.

Pero en febrero de 2002, el Tribunal Supremo sorprendió al mundo al acceder a nuestra petición de revisar la resolución del tribunal de D.C. La vista se fijó para octubre de 2002. Pasaríamos el verano escribiendo escritos y haciendo preparativos para la vista.

ESCRIBO ESTAS PALABRAS más de un año después. Todavía es extraordinariamente duro. Si sabes algo de esta historia, sabes que perdimos la apelación. Y si sabes algo más que el mínimo, probablemente creerás que no había manera posible de ganar este caso. Después de nuestra derrota, recibí literalmente miles de mensajes de partidarios y seguidores, agradeciéndome mi trabajo en nombre de esta causa noble pero condenada al fracaso. Y ninguno de los mensajes de esta pila fue más significativo para mí que un e-mail de mi cliente, Eric Eldred.

Pero mi cliente y estos amigos estaban equivocados. Se podría haber ganado este caso. Se debería haber ganado. Y no importa cuántas veces intente volver a contarme esta historia a mí mismo, no puedo dejar de pensar en que se perdió por mi culpa.

EL ERROR SE cometió temprano, aunque se hizo obvio sólo muy al final. Nuestro caso tuvo desde el principio mismo el apoyo de un extraordinario abogado, Geoffrey Stewart y del bufete al que se había trasladado: Jones, Day, Reavis y Pogue. Jones Day recibió una enorme presión por parte de sus clientes proteccionistas del copyright a causa de apoyarnos. Ignoraron esta presión (algo que pocas firmas harían hoy en día) y durante la duración completa del caso, le dedicaron todos los recursos que pudieron.

Tres abogados clave eran de Jones Day. Geoff Stewart fue el primero, pero más tarde Dan Bromberg y Don Ayer también se involucraron en gran medida. En particular, Bromberg y Ayer tenían la misma opinión sobre cómo se podría ganar el caso: sólo ganaríamos, me dijeron repetidas veces, si conseguíamos hacer que la cuestión le pareciera «importante» al Tribunal Supremo. Tenía que parecer que se le estaba haciendo un daño espectacular a la libertad de expresión y a la cultura libre; de otra forma nunca votarían en contra de «las compañías de medios audiovisuales más importantes del mundo».

Odio esta visión de la ley. Por supuesto, pensé que la Ley Sonny Bono le estaba causando un daño espectacular a la libertad de expresión y a la cultura libre. Desde luego que lo pensaba. Pero la idea de que el Tribunal

Supremo decide las leyes basándose en cuán importante cree que son las asuntos en cuestión es errónea. Puede que sea «acertado» en el sentido de que es «verdad», pensaba, pero es «erróneo» en el sentido de que «simplemente no debería ser de esa manera». Como creía que una interpretación fiel de lo que hicieron los padres de nuestra Constitución llevaría a la conclusión de que la CTEA era inconstitucional y como creía que cualquier interpretación fiel de lo que significa la Primera Enmienda llevaría a la conclusión de que el poder de extender los plazos de los copyrights ya existentes es inconstitucional, no creía que tuviéramos que vender el caso como si fuera jabón. Del mismo modo que la ley que prohíbe las esvásticas es inconstitucional no porque al Tribunal le gusten los nazis sino porque esa ley también violaría la Constitución, pensaba que el Tribunal decidiría si la ley del Congreso era constitucional basándose en la Constitución, no basándose en si les gustaban o no los valores que sus autores expresaron en la Constitución.

En cualquier caso, me dije, el Tribunal ya debe de estar percibiendo el peligro y el daño causados por este tipo de ley. ¿Por qué si no concederían una revisión? No había razón alguna para que el caso se viera en el Tribunal Supremo si no estaban convencidos de que esta regulación era dañina. Así que en mi opinión no teníamos que persuadirles de que esta ley era mala, teníamos que mostrarles por qué era inconstitucional.

Había una manera, sin embargo, en la que sí pensaba que la política importaría y que creía que era una respuesta apropiada. Estaba convencido de que el Tribunal no oiría nuestros argumentos si pensaba que eran solamente los argumentos de un grupo de izquierdistas chalados. Este Tribunal Supremo no iba a lanzarse a un campo nuevo de revisiones judiciales si parecía que este campo era simplemente la preferencia de una pequeña minoría política. Aunque mi centro de atención en el caso no era demostrar cuán mala era la Ley de Sonny Bono sino demostrar que era inconstitucional, mi esperanza era desarrollar este argumento dentro de un marco de escritos que cubrieran todo el espectro político. Así que para mostrar que esta reclamación contra la CTEA estaba basada en el *derecho* y no en la política, intentamos reunir el espectro más amplio de críticos con credibilidad —con credibilidad no sólo porque fueran ricos y famosos, sino porque, con la suma de todos ellos, se demostrara que esta ley era inconstitucional sin que importara la posición política.

Este primer paso se dio por sí mismo. La organización de Phyllis Schlafy, Eagle Forum, se había opuesto a la CTEA desde el principio. Schlafly veía la CTEA como una traición del Congreso. En noviembre de 1998 escribió un hiriente editorial atacando al Congreso republicano por permitir la aprobación de la ley. Tal y como escribió:«¿Te has preguntado alguna vez cómo es posible que leyes que crean una lluvia de financiación para reducidos intereses particulares fluyan fácilmente por el enmarañado proceso legislativo,

mientras que leyes que beneficiarían al público general parecen atascarse?» La respuesta, como documentaba el editorial, era el poder del dinero. Schlafly enumeró las donaciones de Disney a algunos actores clave en los comités. Era el dinero, no la justicia, lo que le dio a Disney veinte años más bajo control sobre Mickey Mouse, defendía Schlafly.

En el Tribunal de Apelación, Eagle Forum se apresuró a presentar un escrito apoyando nuestra posición. Su escrito formulaba el argumento que se convirtió en la reclamación central ante el Tribunal Supremo: si el Congreso podía extender el plazo de los copyrights ya existentes, no había límites al poder del Congreso para fijar límites. Ese argumento fuertemente conservador convenció a un magistrado fuertemente conservador, Sentelle.

Nuestros escritos ante el Tribunal Supremo no podían ser más diversos. Incluían un extraordinario escrito histórico elaborado por la Fundación del Software Libre (sede del proyecto GNU que hizo posible GNU/Linux). Incluían un convincente escrito sobre los costes de la incertidumbre elaborado por Intel. Había dos escritos elaborados por profesores de derecho, uno por estudiosos del copyright y uno por estudiosos de la Primera Enmienda. Había un escrito exhaustivo y nada polémico elaborado por los expertos mundiales en la historia de la «Cláusula de progreso». Y, por supuesto, había un nuevo escrito por Eagle Forum, repitiendo y fortaleciendo sus argumentos.

Estos escritos creaban el marco para un argumento legal. Después, para apoyar el argumento legal, había una serie de convincentes escritos elaborados por bibliotecas y archivos, incluyendo el Archivo de Internet, la Asociación Estadounidense de Bibliotecas de Derecho y el Sindicato Nacional de Escritores.

Pero dos escritos capturaban el argumento en términos políticos mejor que los demás. Uno expresaba el argumento que ya he descrito: un escrito de Hal Roach Studios argumentaba que a menos que se anulara la ley, toda una generación de cine estadounidense desaparecería. El otro dejaba el argumento económico absolutamente claro.

El escrito de los economistas estaba firmado por diecisiete economistas, entre ellos cinco premios Nobel (Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman, Kenneth Arrow y George Akerlof). Los economistas, como demuestra la lista de premios Nobel, abarcaban todo el espectro político. Sus conclusiones eran convincentes: no había forma de afirmar con verosimilitud que extender los plazos de los copyrights ya existentes haría algo con el fin de incrementar los incentivos para crear. Semejantes extensiones no eran más que *rent-seeking* [buscadores de renta] —el sofisticado término que los economistas usan para describir una legislación desenfrenada a favor de intereses particulares.

El mismo esfuerzo para lograr un equilibrio se reflejaba en el equipo legal que reunimos para elaborar nuestros escritos para el caso. Los abogados de Jones Day habían estado con nosotros desde el principio. Pero cuando el caso llegó al Tribunal Supremo, añadimos tres abogados para ayudarnos a ajustar este argumento para el Tribunal: Alan Morrison, un abogado proveniente de Public Citizen, un grupo de Washington que había entrado en la historia constitucional con una serie de victorias seminales ante el Tribunal Supremo en defensa de los derechos individuales; mi colega y decana, Kathleen Sullivan, quien había expuesto en muchos casos ante el Tribunal y nos había aconsejado al principio con respecto de la estrategia a seguir en relación a la Primera Enmienda; y, finalmente, el antiguo fiscal general del Estado Charles Fried.

Fried suponía una especial victoria para nuestra parte. Todos los otros antiguos fiscales generales fueron contratados por la otra parte para defender el poder del Congreso con el fin de hacer el favor especial, a las corporaciones mediáticas, de extender los plazos del copyright. Fried fue el único que rechazó el lucrativo encargo para actuar en favor de algo en lo que creía. Había sido el principal abogado de Ronald Reagan en el Tribunal Supremo. Había ayudado a elaborar el argumento en el caso que limitaba el poder del Congreso dentro del contexto de la «Cláusula de comercio». Y si bien había defendido muchas posiciones ante el Tribunal Supremo con las que yo estaba en desacuerdo, que se uniera a la causa era un voto de confianza.

El gobierno, al defender el estatuto, tenía también su peculiar colección de amigos. Significativamente, sin embargo, ninguno de estos «amigos» incluían a historiadores o economistas. Los escritos de la otra parte fueron elaborados exclusivamente por las principales compañías de medios audiovisuales, congresistas y dueños de copyright.

Las corporaciones mediáticas no eran una sorpresa. Eran las que más tenían que ganar con la ley. Los congresistas tampoco eran una sorpresa —estaban defendiendo su poder e, indirectamente, el chollo de las donaciones que acompañaban ese poder. Y por supuesto no era sorprendente que los dueños de copyright defendieran la idea de que debían continuar teniendo el derecho a controlar quién hacía qué con contenidos que en definitiva querían controlar.

Los representantes del Dr. Seuss, por ejemplo, argumentaron que era mejor que los herederos del Dr. Seuss controlaran lo que le ocurriera a su obra —mejor que dejar que cayera en el dominio público— porque si esta creatividad estuviera en el dominio público entonces la gente la podría usarla para «glorificar las drogas o para crear pornografía».[14] Éste era también el motivo

---

14 Escrito de Amici Dr. Seuss Enterprise et al., *Eldred contra Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), p. 19.

de los herederos de Gershwin, que defendían la «protección» de la obra de George Gershwin. Se niegan, por ejemplo, a dar una licencia para *Porgy and Bess* a nadie que se niegue a incluir a afroamericanos en el reparto.[15] Esa es su particular visión de cómo debería controlarse esta parte de la cultura estadounidense y querían que esta ley les ayudara a efectuar este control.

Este argumento dejó claro un tema que raramente se percibe en este debate. Cuando el Congreso decide extender el plazo de los copyrights ya existentes, el Congreso está tomando una decisión acerca de a qué voces va a favorecer. Famosos y bienamados dueños de copyright, como los herederos de Gershwin y el Dr. Seuss, vienen al Congreso y dicen: «Danos veinte años para controlar el discurso sobre estos iconos de la cultura estadounidense. Nosotros los vamos a cuidar mejor que nadie». Al Congreso por supuesto le gusta premiar a los populares y famosos ofreciéndoles lo que quieren. Pero bloquear el hecho de que el Congreso otorgue a la gente un derecho exclusivo para hablar de una determinada forma es justo lo que tradicionalmente constituye la intención de la Primera Enmienda.

Esto era lo que argumentábamos en el escrito final. Apoyar la CTEA significaría no sólo que no habría límites al poder del Congreso para extender copyrights —extensiones que concentrarían aún más el mercado; también significaría que no habría límites al poder del Congreso para escoger y premiar a sus favoritos a la hora de decidir quién tiene derecho a hablar y quién no, por medio del copyright.

ENTRE FEBRERO Y OCTUBRE, no hice nada que no fuese prepararme para este caso. Desde el principio, como ya dije, marqué la estrategia a seguir.

El Tribunal Supremo estaba dividido en dos importantes partes. A un lado lo que llamamos «conservadores». Al otro lo que llamamos «los demás». Los conservadores incluían al juez Rehnquist, presidente del tribunal, y a los jueces O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas. Estos cinco habían sido los más sistemáticos en limitar el poder del Congreso. Eran los cinco que habían apoyado la serie de casos *Lopez/Morrisson* que dictaba que un poder enumerado tenía que interpretarse para asegurar que los poderes del Congreso tenían límites.

---

15 Dinitia Smith, «Immortal Words, Immortal Royalties? Even Mickey Mouse Joins the Fray», *New York Times*, 28 de marzo de 1998, B7.

«Los demás» eran los cuatro magistrados que se habían opuesto fuertemente a los límites al poder del Congreso. Estos cuatro —los jueces Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer— habían argumentado repetidamente que la Constitución otorgaba al Congreso una amplia discreción para decidir cuál era la mejor manera de implementar sus poderes. Caso tras caso, estos jueces habían defendido que el papel del Tribunal debería ser de respeto ante el Congreso. Aunque los votos de estos cuatro magistrados eran los votos con los que personalmente había estado de acuerdo de una forma más sistemática, eran también los votos que menos probabilidades teníamos de conseguir.

En particular, el voto que teníamos menos probabilidad de lograr era el de Ginsburg. Además de esta opinión general de respeto al Congreso (excepto cuando se trataba de asuntos de género), había sido particularmente respetuoso en lo que se refiere a la protección de la propiedad intelectual. Su hija (una excelente y muy conocida estudiosa de propiedad intelectual) y ella estaban cortadas por el mismo patrón en relación a este asunto. Esperábamos que estuviese de acuerdo con las ideas de su hija: el Congreso tenía el poder, en este contexto, para hacer lo que quisiera, incluso si lo que quería no tenía mucho sentido.

A poca distancia de Ginsburg venían dos magistrados a los que también veíamos como aliados improbables, aunque como posibles sorpresas. Souter favorecía fuertemente el respeto al Congreso, al igual que Breyer. Pero ambos eran también muy sensibles a posibles amenazas a la libertad de expresión. Y como creíamos firmemente, existía un argumento muy importante sobre la libertad de expresión en contra de estas extensiones retrospectivas.

El único voto en el que podíamos confiar era el del juez Stevens. La historia recordará al juez Stevens como uno de los magistrados más grandes de este tribunal. Sus votos son sistemáticamente eclécticos, lo cual significa que ninguna ideología sencilla explica cuál es su posición. Había defendido sistemáticamente los límites, en el contexto general de la propiedad intelectual. Estábamos bastante seguros de que reconocería los límites en este caso.

Este análisis de «los demás» nos mostró con claridad cuál había de ser nuestro centro de atención: los conservadores. Para ganar este caso, teníamos que abrir una grieta en estos cinco y conseguir que al menos una mayoría se pusiera de nuestra parte. De este modo, el argumento general que animaba nuestra demanda se basaba en la más importante innovación en el campo de la jurisprudencia por parte de los conservadores —el argumento en el que el juez Sentelle se había basado en el Tribunal de Apelación: que había que interpretar el poder del Congreso de manera que los poderes enumerados tuvieran límites.

Éste era, por lo tanto, el núcleo de nuestra estrategia —una estrategia de la que soy responsable. Conseguiríamos que el Congreso viera que igual que en el caso de *Lopez*, ahora según el argumento del gobierno, el Congreso siempre tendría un poder ilimitado para extender los plazos ya existentes. Si había algo claro acerca del poder del Congreso bajo la «Cláusula del progreso», era que se suponía que este poder estaba «limitado». Nuestro objetivo era que el Tribunal reconciliara el caso de *Eldred* con el de *Lopez*: si el poder del Congreso para regular el comercio era limitado, entonces, de la misma forma, también debía estarlo el poder del Congreso para regular el copyright.

El argumento de la parte del gobierno se reducía a esto: el Congreso ya había hecho esto antes. Debería permitirse que lo hiciera otra vez. El gobierno afirmaba que desde el principio mismo, el Congreso había estado extendiendo el plazo de los copyrights ya existentes. Así que, argumentaba el gobierno, el Tribunal no debería decir ahora que la práctica era inconstitucional.

Hay algo de verdad en la afirmación del gobierno, pero no mucha. Estábamos ciertamente de acuerdo en que el Congreso había extendido los plazos ya existentes en 1831 y en 1909. Y, por supuesto, en 1962, el Congreso empezó a extender los plazos ya existentes de forma regular —once veces en cuarenta años.

Pero esta «coherencia» debía ponerse en perspectiva. El Congreso extendió los copyrights ya existentes sólo una vez en los cien primeros años de la historia de EE.UU. Después, en los siguientes cincuenta años, extendió los términos ya existentes una vez más. Éstas extensiones, muy poco habituales, contrastaban con la práctica regular de extender los plazos ya existentes de hoy en día. Cualquier freno que el Congreso hubiera tenido en el pasado había desaparecido. El Congreso había entrado ahora en un ciclo de extensiones; no había razón para esperar que ese ciclo terminara. El Tribunal no había dudado en intervenir cuando el Congreso había entrado en un ciclo semejante. No había razón para no intervenir ahora.

La vista oral se había fijado para la primera semana de octubre. Había llegado a DC dos semanas antes de la vista. Durante esas dos semanas, había discutido con abogados que se habían ofrecido a ayudar en el caso. Estas discusiones eran básicamente entrenamientos, en el que los aspirantes a jueces disparan preguntas a los aspirantes a ganadores.

Estaba convencido de que para ganar tenía que mantener al Tribunal concentrado en un único punto: que si se permitía la extensión, entonces no habría limites para el poder de fijar plazos. Darle la razón al gobierno significaría que los plazos serían de hecho ilimitados; dárnosla a nosotros le daría al Congreso una clara línea a seguir: no extiendas los plazos ya existentes. Las «juntas» fueron un entrenamiento provechoso; encontré formas de devolver cada pregunta a la idea central.

Una de las juntas tuvo lugar ante abogados de Jones Day. Don Ayer era escéptico. Había trabajado en el ministerio de justicia del presidente Reagan bajo el fiscal general Charles Fried. Había argumentado en muchos casos ante el Tribunal Supremo. Y en esta revisión en la junta, expresó su preocupación:

«Tengo miedo de que a menos que vean de verdad el daño [que provoca esta ley], no van a estar dispuestos a perturbar esta práctica que el gobierno dice que ha sido una práctica sistemática durante doscientos años. Tienes que hacerles ver el daño —hacerles ver el daño de forma apasionada. Porque si no ven eso, no tenemos ninguna posibilidad de ganar».

Puede que hubiera argumentado en muchos casos ante este Tribunal, pensé, pero no comprendía su espíritu. Como secretario en el Tribunal, había visto a los jueces hacer lo correcto —no por motivos políticos, sino porque era lo correcto. Como profesor de derecho, había pasado mi vida enseñándoles a mis estudiantes que este Tribunal hace lo correcto —no por motivos políticos, sino porque es lo correcto. Cuando escuchaba la defensa de Ayer de traer con pasión el aspecto político, comprendí su idea y la rechacé. Nuestro argumento era acertado. Ya estaba bien. Que los políticos aprendieran que además de acertado era bueno.

LA NOCHE ANTES de la vista, empezó a formarse una cola de gente ante el Tribunal Supremo. El caso había atraído la atención de la prensa y del movimiento a favor de la cultura libre. Cientos de personas hacían cola para tener la oportunidad de ver el proceso. Docenas pasaron la noche en las escaleras del Tribunal Supremo para asegurarse un asiento.

No todo el mundo tuvo que esperar en la cola. Aquellos que conocen a los magistrados pueden pedir los asientos que controlan. (Le pedí a la oficina del juez Scalia asientos para mis padres, por ejemplo). Los miembros del colegio de abogados del Tribunal Supremo pueden conseguir un asiento en una sección especial reservada para ellos. Y los senadores y los congresistas también tienen un lugar especial en el que pueden sentarse. Y, finalmente, por supuesto la prensa tiene una galería, igual que los secretarios que trabajan

para los jueces del Tribunal. Cuando entramos esa mañana no había ni un sitio libre. Era una vista sobre la ley de la propiedad intelectual y sin embargo los vestíbulos estaban llenos. Cuando entré para sentarme enfrente del Tribunal, vi a mis padres sentados a la izquierda. Cuando me senté detrás de la mesa, vi a Jack Valenti sentado en la sección especial habitualmente reservada para la familia de los jueces.

Cuando el magistrado jefe me llamó para que iniciara mi argumentación, empecé por la parte en la que pretendía quedarme: en la cuestión de los límites al poder del Congreso. Esto era un caso sobre poder enumerado, dije, y sobre si esos poderes enumerados tenían algún límite.

La juez O'connor me detuvo al minuto de empezar. La parte histórica la estaba molestando.

> –JUEZ O'CONNOR. El Congreso ha extendido el plazo a menudo a lo largo de los años, y si usted tiene razón, ¿no corremos el riesgo de perturbar las extensiones anteriores? Quiero decir, esto parece ser una práctica que empezó ya con la primera ley.

Estaba dispuesta a conceder que «esto va directamente en contra de lo que los padres de la Constitución tenían en mente». Pero mi respuesta una y otra vez consistió en enfatizar los límites al poder del Congreso.

> –SR. LESSIG. Bueno, si va directamente en contra de lo que los padres de la Constitución tenían en mente, entonces la cuestión es, hay alguna forma de interpretar sus palabras que ponga en efecto lo que tenían en mente, y la respuesta es sí.

Había dos puntos en este argumento en el que tendría que haber visto hacia dónde iba el Tribunal. El primero fue la pregunta del juez Kennedy, que observó:

> –JUEZ KENNEDY. Bueno, supongo que está implícito en su argumentación que la ley de 1976 también debería anularse, y que deberíamos dejarla en paz debido a la desorganización que causaría, y es que durante todos esos años la ley ha impedido el progreso de las ciencias y las artes útiles. Simplemente no veo ninguna prueba empírica de eso.

Sigue aquí un claro error mío. Como un profesor corrigiendo a un estudiante, respondí:

> –SR. LESSIG. Señoría, no estamos presentando una demanda empírica en absoluto. Nada en nuestra demanda en torno a la «Cláusula del copyright» se basa en

> la afirmación empírica de que se impida el progreso. Nuestro único argumento es que éste es un límite estructural necesario para asegurar que bajo las leyes del copyright no se permitirá un plazo que sea de hecho a perpetuidad.

Era un respuesta correcta, pero no acertada. La respuesta acertada era, por el contrario, que había un daño evidente y profundo. Se habían elaborado toda una serie de escritos sobre el asunto. Él quería oírlos. Y éste era el momento en el que el consejo de Don Ayer debería haber importado. Se trataba de una bola lenta; mi respuesta fue batear con fuerza y fallar.

El segundo punto vino del Presidente del Tribunal, para quien se había preparado todo el caso. Puesto que Presidente del Tribunal había preparado toda la decisión del caso *Lopez*, esperábamos que vería este caso como un gemelo del anterior.

Había pasado un segundo desde que empezó su pregunta y ya estaba claro que en absoluto simpatizaba con nuestro caso. Para él no éramos más que un montón de anarquistas. Preguntó:

> –PRESIDENTE DEL TRIBUNAL. Bueno, pero ustedes quieren más que eso. Ustedes quieren el derecho de copiar literalmente libros de otra gente, ¿no?

> –SR. LESSIG. Queremos el derecho a copiar literalmente libros que deberían estar en el dominio público y que estarían en el dominio público si no fuera por un estatuto que no puede justificarse bajo el análisis habitual de la Primera Enmienda o bajo una lectura apropiada de los límites insertados en la «Cláusula del copyright».

Las cosas nos fueron mejor cuando el gobierno presentó su argumentación; porque en ese momento el Tribunal captó el núcleo de nuestra reclamación. Como el juez Scalia le preguntó al fiscal general Olson:

> –JUEZ SCALIA. Usted dice que el equivalente funcional de un tiempo ilimitado sería una violación [de la Constitución], pero eso es precisamente el argumento de los demandantes, que un tiempo limitado que puede extenderse es el equivalente funcional de un tiempo ilimitado.

Cuando Olson terminó, vino mi turno para dar la refutación final. Los azotes de Olson me habían devuelto la rabia. Pero mi rabia todavía estaba dirigida hacia lo académico, no hacia lo práctico. El gobierno estaba argumentando que éste era el primer caso en la historia en el que se consideraba imponer límites al poder del Congreso sobre la «Cláusula de copyright y patentes». Haciendo de profesor y no de abogado, terminé señalando la larga historia del Tribunal de imponer límites al poder del Congreso en

nombre de la «Cláusula de copyright y patentes» —de hecho, el primer caso en la historia que atacaba una ley del Congreso por exceder un específico poder enumerado estaba basado en la «Cláusula de copyright y patentes». Todo cierto. Pero no iba a hacer que el Tribunal se pusiera de mi parte.

CUANDO ESE DÍA ABANDONÉ el tribunal, sabía que había cien ideas que ojalá hubiera podido volver a expresar. Había cientos de preguntas que ojalá hubiera respondido de una forma diferente. Pero había un aspecto del caso que me hacía pensar en él de forma optimista.

Le habían preguntado al gobierno una y otra vez, ¿cuál es el límite? Una y otra vez había respondido que no había ningún límite. Ésta era precisamente la respuesta que yo quería que oyese el Tribunal. Porque no podía imaginar cómo el Tribunal podría aceptar que el gobierno creyera que el poder del Congreso era ilimitado bajo los términos de la «Cláusula de copyright» y apoyar el argumento del gobierno. El fiscal general había expresado mi argumento por mí. Da igual cuántas veces lo intentara, no podía entender cómo el Tribunal podría hallar que el poder del Congreso estaba limitado bajo la «Cláusula de comercio», pero ilimitado bajo la de copyright. En esos raros momentos en los que me permitía creer que habíamos triunfado, era porque sentía que este Tribunal —en particular los Conservadores— se sentiría obligado por el imperio de la ley que había establecido en otro sitio.

LA MAÑANA DEL 15 de enero de 2003 llegué cinco minutos tarde a mi despacho y perdí la llamada de las siete del secretario del Tribunal Supremo. Escuchando el mensaje, pude darme cuenta en seguida que tenía malas noticias. El Tribunal Supremo había confirmado la decisión del Tribunal de Apelación. Siete jueces habían votado con la mayoría. Había dos votos particulares.

Un segundo después, llegó la sentencia por correo electrónico. Descolgué el teléfono, publiqué un anuncio en nuestro blog, y me senté a ver cuál era el error en mi razonamiento.

Mi *razonamiento*. Se trataba de un caso que enfrentaba todo el dinero del mundo contra el razonamiento. Y aquí estaba el último profesor ingenuo de derecho, recorriendo los libros en busca de un razonamiento.

Primero consulté la sentencia, buscando la forma en la que el Tribunal podría haber hecho una distinción entre el principio de este caso y el principio de *Lopez*. No se podía encontrar el argumento por ningún sitio. El caso ni siquiera se citaba. El argumento, que era el núcleo de la exposición de nuestro caso, ni siquiera aparecía en la opinión del Tribunal.

La juez Ginsburg sencillamente ignoró el argumento de los poderes enumerados. De un modo coherente con su opinión de que en general el poder del Congreso no estaba limitado, halló que aquí tampoco lo estaba.

Su opinión era perfectamente razonable —para ella y para el juez Souter. Ninguno de ellos cree en *Lopez*. Sería esperar demasiado que escribieran una opinión que reconociera, mucho menos que explicara, la doctrina a cuya derrota le habían dedicado tanto trabajo.

Pero cuando me di cuenta de qué había pasado, no pude creer lo que estaba leyendo. Había dicho que no había forma alguna en la que el Tribunal pudieran reconciliar los poderes limitados en la «Cláusula de comercio» con los poderes ilimitados en la «Cláusula del progreso». Ni siquiera se me había ocurrido que pudieran reconciliarlos *simplemente ignorando el argumento*. No había ninguna incoherencia porque no hablarían de los dos, el uno junto al otro. No había, por lo tanto, ningún principio que resultara del caso *Lopez*: en ese contexto, el poder del Congreso estaría limitado, pero en este contexto no.

Sin embargo, ¿según qué tipo de principio de derecho llegaron a decidir qué valores respetarían de los padres de la Constitución? ¿Según qué principio llegaron —los cinco silenciosos— a seleccionar la parte de la Constitución que harían cumplir basándose en los valores que consideraban importantes? Estábamos volviendo al mismo argumento que al principio dije que odiaba: había fracasado a la hora de convencerlos de que el asunto en cuestión era importante y había fracasado a la hora de reconocer que, por mucho que odie un sistema en el que el Tribunal decide escoger los valores constitucionales a respetar, ése es el sistema que tenemos.

Los jueces Breyer y Stevens formularon sus votos particulares en fuerte disentimiento con la decisión del Tribunal. El voto particular de Stevens estaba elaborado dentro de la ley: argumentaba que la tradición de la propiedad intelectual no debería apoyar esta injustificada extensión de plazos. Basaba su argumentación en un análisis paralelo que había dominado en el contexto de las patentes (igual que habíamos hecho nosotros). Pero el resto del Tribunal no tuvo en cuenta el paralelismo —sin explicar cómo las mismas palabras de la «Cláusula del progreso» podían venir a significar cosas completamente diferentes dependiendo de si las palabras se referían a las patentes o a los copyrights. El Tribunal dejó sin contestación el alegato de Stevens.

El voto particular del juez Breyer, quizá el mejor voto que jamás haya escrito, era externa a la Constitución. Argumentaba que el plazo de los copyrights había llegado a ser tan largo como para ser ilimitado a todos los efectos. Habíamos dicho que, bajo el plazo actual, un copyright le daba a un autor el 99.8% del valor de un plazo a perpetuidad. Breyer dijo que

estábamos equivocados, que la cifra real era el 99.9997% del plazo a perpetuidad. De cualquier forma, la idea era clara: si la Constitución decía que un plazo tenía que ser «limitado» y el plazo existente era tan largo como para ser ilimitado a todos los efectos, entonces era inconstitucional.

Estos dos magistrados entendieron todos los argumentos que presenté. Pero como ninguno creía en el caso *Lopez*, ninguno estaba dispuesto a presentarlo como una razón para rechazar esta extensión. El caso se decidió sin que nadie hubiera considerado el argumento que habíamos llevado adelante desde el juez Sentelle. Era *Hamlet* sin el Príncipe.

La derrota conlleva la depresión. Dicen que es un síntoma de buena salud cuando la depresión deja paso a la ira. Mi ira vino rápido, pero no curó la depresión. Esta ira tenía dos caras.

La primera estaba dirigida contra los cinco «conservadores». Una cosa habría sido que hubieran explicado por qué el principio de *Lopez* no valía para este caso. Eso no habría sido un argumento muy convincente, creo, habiendo leído cómo otros lo formulan y habiendo intentado formularlo yo mismo. Pero al menos habría sido un acto de integridad. Estos jueces, en particular, habían dicho repetidamente que el modo apropiado de interpretar la Constitución era el del «originalismo» —comprender primero el texto de los autores originales, interpretado en su contexto, a la luz de la estructura de la Constitución. Ese método había producido *Lopez* y muchas otras decisiones «originalistas». ¿Dónde estaba ahora su originalismo?

Aquí se habían unido a una opinión que no intentaba ni una sola vez explicar lo que los padres de la Constitución habían querido decir al diseñar la «Cláusula de progreso» del modo en que lo hicieron; se unieron a una opinión que no intentaba ni una sola vez explicar cómo la estructura de esa cláusula afectaría la interpretación del poder del Congreso. Y se unieron a una opinión que ni siquiera intentaba explicar por qué esta concesión de poder podía ser ilimitada, mientras que la Cláusula de Comercio debía ser limitada. En definitiva, suscribieron una sentencia que ni se podía aplicar ni estaba en consonancia con su propio sistema de interpretación de la Constitución. Esta opinión bien pudiera ser que ofreciera un resultado que les gustara. No producía una razón que pudiera ser coherente con sus propios principios.

Mi ira con los conservadores se rindió rápidamente frente a la ira contra mí mismo. Porque había permitido que una visión de la ley que me gusta interfiriera con una visión de la ley tal y como realmente es.

La mayoría de los abogados, y la mayoría de los profesores de derecho, tienen poca paciencia ante el idealismo con respecto de los tribunales en general y este Tribunal Supremo en particular. La mayoría tiene una opinión mucho más pragmática. Cuando Don Ayer dijo que este caso se ganaría dependiendo de si podía convencer a los jueces de que los valores de los padres constitucionales eran importantes, luché contra esa idea, porque no me gusta creer que ésta es la forma en la que decide este Tribunal. Insistí en argumentar este caso como si fuera una sencilla aplicación de una serie de principios. Tenía un argumento al que se llegaba por lógica. No tenía porque malgastar mi tiempo mostrando que también se llegaba a élpor popularidad.

Cuando leí de arriba a abajo la trascripción de esa vista en octubre, pude ver un centenar de sitios en las que las respuestas podrían haber llevado la conversación en direcciones diferentes, en las que la verdad sobre el daño que causaría este poder sin freno se le podría haber dejado clara a este Tribunal. El juez Kennedy quería de buena fe que se lo mostrara. Yo, como un idiota, corregí su pregunta. El juez Souter quería de buena fe que le mostrara los daños a la Primera Enmienda. Yo, como un profesor de matemáticas, reformulé la pregunta para dejar clara la conclusión lógica. Les había mostrado cómo podían anular esta ley del Congreso si querían. Había un centenar de sitios en los que les podría haber ayudado a querer hacerlo, y sin embargo mi testarudez, mi rechazo a dar mi brazo a torcer, me detuvo. Me había presentado ante cientos de públicos intentándolos persuadir; había usado la pasión en ese esfuerzo por persuadir; pero me negué a presentarme ante este público para intentar persuadirlos con la pasión que había usado en otros lugares. Ésa no era la base sobre la que un tribunal debería decidir sobre el asunto.

¿Habría sido diferente si hubiera argumentado de un modo diferente? ¿Habría sido diferente si Don Ayer lo hubiera argumentado? ¿O Charles Fried? ¿O Kathleen Sullivan?

Mis amigos se reunieron en torno a mí para insistir que no. El Tribunal no estaba preparado, insistieron mis amigos. Esto era una derrota cantada. Llevaría mucho más demostrarle a nuestra sociedad porqué los autores de la Constitución tenían razón. Y cuando hubiéramos hecho eso, podríamos darle una lección al Tribunal.

Quizás, pero lo dudo. Estos jueces no tenían intereses financieros en hacer nada, excepto lo correcto. No recibieron presiones de los lobbies. Tenían pocas razones para resistirse a hacerlo bien. No puedo dejar de pensar que, si hubiera abandonado esta bonita postal de la justicia desapasionada, los podría haber convencido.

E incluso si no pude, eso no disculpa lo que ocurrió en enero. Porque al principio de este caso, uno de los profesores de propiedad intelectual más prominentes de Estados Unidos me dijo que elevar este caso por mi parte era un error. «El Tribunal no está preparado», dijo Peter Jaszi; no había que presentar esta cuestión hasta que lo esté.

Después de la vista y de la sentencia, Peter me dijo, y en público, que se había equivocado. Pero si de hecho no se pudo persuadir al Tribunal, ésa es toda la prueba que hace falta para saber que, una vez más, Peter tenía razón. O bien yo no estaba preparado para argumentar este caso de una forma que funcionara o bien ellos no estaban preparados para oír este caso en una forma en que funcionara. En cualquiera de los dos casos, la decisión de elevar este caso al supremo —una decisión que tomé cuatro años antes— era un error.

MIENTRAS QUE LA reacción a la propia Ley de Sony Bono fue negativa de un modo casi unánime, la reacción a la decisión del Tribunal estuvo más dividida. Nadie, al menos en la prensa, intentó decir que extender los plazos del copyright era una buena idea. Habíamos ganado la batalla de las ideas. Allá donde se alabó la decisión, se trató de periódicos que habían sido escépticos sobre el activismo del Tribunal en otros casos. El respeto al Congreso era algo bueno, incluso si dejaba en pie una ley estúpida. Pero allá donde se atacó el fallo se le atacó porque dejó en pie una ley estúpida y dañina. *The New York Times* escribió en un editorial:

> De hecho, el fallo del Tribunal Supremo hace probable que estemos viendo el principio del fin del dominio público y el nacimiento del copyright a perpetuidad. El dominio público ha sido un magnífico experimento, uno que no deberíamos dejar morir. La capacidad de inspirarse libremente en la entera producción de la humanidad es una de las razones de que vivamos en un tiempo de un fermento tan fructíferamente creativo.

Las mejores respuestas estaban en las tiras cómicas. Había toda una serie de imágenes hilarantes —de Mickey en la cárcel y cosas así. La mejor, desde mi punto de vista sobre el caso, fue la de Ruben Bolling, reproducida en la página siguiente. La línea sobre «ricos y poderosos» es un poco injusta. Pero el puñetazo en la cara se sintió exactamente así.

La imagen que siempre tendré fija en mi cabeza es evocada por la cita de *The New York Times*. ¿Se ha acabado el «magnífico experimento» que llamamos «dominio público»? Cuando bromeo sobre ello, pienso, «cariño, he encogido la Constitución». Pero raramente puedo bromear sobre ello.

Teníamos en nuestra Constitución un compromiso con la cultura libre. En el caso que engendré, el Tribunal Supremo renunció de hecho a ese compromiso. Un abogado mejor les habría hecho ver la cuestión de una forma diferente.



BY RUBEN BOLLING



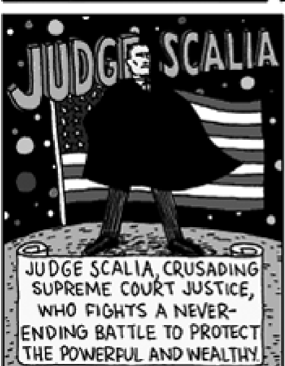
















14. *Eldred II*

El día que se falló el caso *Eldred* el destino quiso que tuviera que viajar a Washington, D.C. (El día que la petición de una nueva vista para *Eldred* fue rechazada —lo que significaba que el caso estaba definitivamente cerrado— el destino quiso que tuviera que dar un discurso a tecnólogos en Disney World). Se trataba de un vuelo particularmente largo a la ciudad que menos me gusta. Debido al tráfico, el trayecto en coche desde el aeropuerto duró una eternidad, así que abrí mi ordenador y escribí un artículo de opinión.

Era un acto de contrición. Durante toda la duración del vuelo desde San Francisco a Washington, había oído una y otra vez en mi cabeza el mismo consejo de Don Ayer: tienes que hacer que vean por qué es importante. Y alternando con esa orden estaba la pregunta del juez Kennedy: «Durante todos estos años la ley ha impedido el progreso de las ciencias y las artes útiles. Simplemente no veo ninguna prueba empírica de esto». Y así, habiendo fracasado con un argumento fundado en un principio constitucional, finalmente volví a un argumento político.

The New York Times publicó el artículo. En él, proponía una solución sencilla: cincuenta años después de la publicación de una obra, se exigiría al dueño del copyright que registrara la obra y pagara una pequeña tarifa. Si pagaba esa tarifa, obtenía el beneficio del plazo completo del copyright. Si no lo hacía, la obra pasaba al dominio público.

A esto lo llamamos la Ley de Eldred, pero era sólo por llamarla de alguna forma. Eric Eldred fue tan amable de permitir que se usara su nombre una vez más, pero como dijo al principio, nunca se aprobaría hasta que se le diera otro nombre.

U otros dos nombres. Porque dependiendo de la perspectiva que uno tenga, esto es, o bien «La ley de aumento del dominio público» o bien «La ley de la desregulación del plazo del copyright». En cualquiera de los dos casos, la

esencia de la idea era clara y evidente: eliminar el copyright de allí donde no está haciendo nada salvo bloquear el acceso y la difusión del conocimiento. Déjalo tanto tiempo como el Congreso permita para esas obras para las que valga la pena pagar al menos un dólar. Pero para todo lo demás deja libres los contenidos.

La reacción a esta idea fue sorprendentemente entusiasta. Steve Forbes la respaldó en un editorial. Recibí una avalancha de e-mails y cartas expresando apoyo. Cuando centras el asunto en la creatividad desperdiciada, la gente puede ver que el sistema del copyright no tiene sentido. Como diría un buen republicano, aquí la regulación del gobierno está simplemente entorpeciendo el camino de la innovación y la creatividad. Y como diría un buen demócrata, aquí el gobierno está bloqueando el acceso y la difusión del conocimiento sin ninguna buena razón. De hecho, no había diferencias entre demócratas y republicanos en relación a esta cuestión. Cualquiera puede reconocer el estúpido daño del sistema actual.

De hecho, muchos reconocieron los beneficios obvios del requisito del registro. Porque una de las cosas más difíciles del sistema actual, para la gente que quiere licenciar contenidos, es que no hay ningún lugar obvio para buscar al dueño actual del copyright. Como no se exige el registro, como no se exige marcar los contenidos, como no se exige ninguna formalidad en absoluto, a menudo es imposible localizar a los dueños con el fin de pedirles permiso para usar o licenciar su obra. Este sistema disminuiría estos costes, estableciendo al menos un registro en el que se pudiera identificar a los dueños del copyright.

Como describí en el capítulo 10, en 1976 se eliminaron las formalidades en la ley de copyright, cuando el Congreso siguió a los europeos abandonando cualquier requisito legal antes de que se conceda un copyright.[1] Se

---

[1] Hasta el convenio de Berlin de la Convención de Berna, las legislaciones nacionales de copyright hacían, a veces, que la protección dependiera del cumplimento de formalidades tales como registro, depósito y anexión de una declaración de copyright por parte del autor. Sin embargo, a partir de la ley de 1908, cada texto de la Convención ha concedido que «el gozo y ejercicio» de los derechos garantizados por la Convención «no estarán sujetos a ninguna formalidad». La prohibición de formalidades está actualmente materializada en el Artículo 5(2) del Texto de París de la Convención de Berna. Muchos países continúan imponiendo de alguna forma el requisito de depósito o registro, aunque no como condición para el copyright. La ley francesa, por ejemplo, exige el depósito de copias de las obras en los depósitos nacionales, principalmente el Museo Nacional. Algunas copias de los libros publicados en el Reino Unido deben depositarse en la Biblioteca Británica. La Ley de Copyright alemana proporciona un Registro de Autores, donde el nombre verdadero del autor debe estar archivado en el caso de obras anónimas o con pseudónimo. Paul Goldstein, International Intellectual Property Law, *Cases and Materials*, Nueva York, Foundation Press, 2001, pp. 153-54.

dice que los europeos consideran el copyright como un «derecho natural». Los derechos naturales no necesitan formalidades para existir. Los europeos pensaban que las tradiciones, como la tradición anglo-americana que exigía que los dueños de copyright siguieran algunas formalidades si querían que se protegieran sus derechos, no respetaban la dignidad del autor de una forma apropiada. Mi derecho como creador gira en torno a mi creatividad, no depende del favor especial del gobierno.

Se trata de una gran retórica. Suena maravillosamente romántico. Pero es una política de copyright absurda. Es absurda especialmente para los autores, porque un mundo sin formalidades daña a los creadores. La capacidad de difundir la «creatividad Walt Disney» queda destruida cuando no hay una manera sencilla de saber qué está protegido y que no lo está.

La lucha contra las formalidades logró su primera victoria de verdad en Berlín en 1908. Los abogados del copyright internacional enmendaron la Convención de Berna en 1908, para exigir plazos de copyright de cincuenta años tras la muerte del autor, además de la abolición de las formalidades del copyright. Las formalidades eran odiadas a causa de que cada vez eran más frecuentes las historias de pérdidas debidas a distracciones. Era como si un personaje de Charles Dickens dirigiera todas las oficinas de copyright y el olvido de ponerle el punto a una *i* o el palito a la *t* resultara en la pérdida de los únicos ingresos de una viuda.

Estas quejas eran reales y sensatas. Y lo estricto de las formalidades, especialmente en Estados Unidos, era algo absurdo. Las leyes siempre deberían tener formas de perdonar errores inocentes. No hay motivo para que la ley del copyright tampoco lo hiciera. En lugar de abandonar las formalidades por completo, la respuesta, en Berlín, debería haber consistido en abrazar un sistema de registro más equitativo.

No obstante, muchos se habrían resistido incluso a esto, debido a que el registro en los siglos XIX y XX era todavía caro. Además era un incordio. La abolición de las formalidades prometía no sólo la salvación de viudas famélicas, sino también aligerar una carga regulatoria innecesaria impuesta sobre los creadores.

Además de las quejas prácticas de los autores en 1908, había también una reclamación moral. No había razón alguna para que la propiedad creativa debiera ser un tipo de propiedad de segunda clase. Si un carpintero construye una mesa, los derechos sobre la mesa no dependen de presentarle un formulario al gobierno. Tiene «naturalmente» un derecho a la propiedad sobre la mesa y puede afirmar ese derecho contra cualquiera que quiera robar la mesa, sin que importe si ha informado o no al gobierno de su propiedad sobre la mesa.

Este argumento es correcto, pero sus implicaciones son erróneas. Porque el argumento a favor de las formalidades no depende de que la propiedad creativa sea una propiedad de segunda clase. El argumento a favor de las formalidades gira en torno a los problemas especiales que la propiedad creativa representa. La ley de formalidades responde a la física especial de la propiedad creativa, para asegurar que pueda difundirse de un modo eficaz y justo.

Nadie piensa, por ejemplo, que las tierras sean propiedad de segunda clase porque tengas que registrar las escrituras si quieres que la venta de tus tierras tenga efecto. Y pocos pensarían que un coche es propiedad de segunda clase sólo porque tienes que registrarlo y ponerle una matrícula que lo identifique. En ambos casos, todo el mundo ve que hay una razón importante para obtener el registro —en ambos casos porque hace que los mercados sean más eficientes y porque asegura de una manera mejor los derechos del propietario. Sin un sistema de registro, los dueños de tierras tendrían que guardar sus terrenos a perpetuidad. Con un registro, simplemente le enseñan la escritura a la policía. Sin un sistema de registro para los coches, el robo de coches sería mucho más fácil. Con un sistema de registro, al ladrón le cuesta más vender un coche robado. Al propietario se le impone una pequeña carga, pero esas cargas producen un sistema de protección de la propiedad que es en general mucho mejor.

Igualmente, su física especial es lo que hace que las formalidades sean importantes en las leyes de copyright. A diferencia de la mesa de un carpintero, no hay nada en la naturaleza que haga relativamente obvio quién posee un determinado ejemplar de propiedad creativa. Una grabación del último álbum de Lyle Lovett puede existir en un billón de sitios sin que haya nada que necesariamente la vincule con un propietario en particular. Y como un coche, no hay forma de comprar y vender con confianza propiedad creativa, a menos que haya una manera sencilla de verificar quién es el autor y qué derechos tiene. Las transacciones sencillas quedan destruidas en un mundo sin formalidades. Las transacciones complejas, caras y con abogado ocupan su lugar.

Ésta era la interpretación del problema que planteaba la Ley de Sonny Bono y que intentamos demostrarle al Tribunal. Ésta fue la parte que no «pilló». Como vivimos en un sistema sin formalidades, no existe manera fácil de usar o basarse en la cultura de nuestro pasado. Si los plazos del copyright fueran«cortos», tal y como el juez Story dijo que deberían ser, entonces no importaría mucho. Durante catorce años, bajo el sistema original, una obra estaría presuntamente regulada. Después de catorce años, presuntamente no estaría bajo regulación.

Pero ahora que los copyrights pueden durar cien años, la incapacidad de saber qué está protegido y qué no se convierte en una carga enorme y evidente para el proceso creativo. Si la única forma en la que una biblioteca

puede ofrecer una exhibición en Internet sobre el *New Deal* es contratar un abogado para obtener los derechos de cada imagen y sonido, entonces el sistema de copyright está imponiendo cargas a la creatividad de una manera que nunca se había visto antes, *ya que no hay formalidades*.

La Ley Eldred está diseñada para responder exactamente a este problema. Si tu obra vale un dólar, entonces registrala y consigue un plazo más largo. Otros sabrán cómo contactar contigo y, por lo tanto, cómo conseguir tu permiso si quieren usar tu obra. Tú obtendrás el beneficio de un plazo extendido de copyright.

Si para ti no vale la pena registrarla para obtener el beneficio de un plazo extendido, entonces para el gobierno tampoco debería valer la pena defender tu monopolio sobre ella. La obra debería pasar al dominio público donde cualquiera puede copiarla, o construir archivos con ella, o crear una película basándose en ella. Debería volverse libre en el caso de que para ti no valga ni un dólar.

Algunos se preocupan por la carga que supone a los autores. ¿La carga de pagar un dólar no es algo efectivamente erróneo? ¿No vale el incordio más de un dólar? ¿No es ése el verdadero problema con el registro?

Lo es. El incordio es terrible. El sistema que existe ahora es horroroso. Estoy totalmente de acuerdo en que la Oficina de Copyright ha hecho un trabajo terrible (sin duda porque está terriblemente falta de financiación) a la hora de hacer posible el registro simple y barato. Una solución real al problema de las formalidades debe ser enfrentarse al problema real de los *gobiernos*, que se halla en el centro de cualquier sistema de formalidades. En este libro ofrezco una solución. Esa solución significa esencialmente reforma la Oficina de Copyright. De momento asumamos que fuera Amazon quien dirigiera el sistema de registro. Asumamos que fuera un registro con un solo click. La Ley Eldred propondría un sencillo registro con un click cincuenta años después de que se publicara una obra. Basándonos en nuestros datos históricos, en cincuenta años ese sistema pondría hasta un 98% de las obras comerciales —obras comerciales que ya no tendrían una vida comercial— en dominio público. ¿Qué te parece?

CUANDO STEVE FORBES respaldó la idea, algunos en Washington empezaron a prestar atención. Mucha gente se puso en contacto conmigo señalando a congresistas que podrían estar dispuestos a presentar la Ley Eldred. Y yo tenía unos pocos que directamente sugirieron que estarían dispuestos a dar el primer paso.

Una congresista, Zoe Lofgren de California, llegó hasta el punto de hacer un borrador. El borrador resolvía cualquier problema con las leyes internacionales. Imponía el requisito más sencillo posible sobre los dueños de copyright. En mayo de 2003 parecía que se presentaría el proyecto. El 16 de mayo publiqué en el blog de la Ley Eldred que «estamos cerca». Hubo una reacción general en la comunidad de blogs en relación a que podría pasar algo bueno.

Pero en este momento, los grupos de presión empezaron a intervenir. Jack Valenti y el abogado general de la MPAA fueron a la oficina de la congresista para darle la opinión de la MPAA. Ayudado por su abogado, como me dijo Valenti, Valenti le dijo a la congresista que la MPAA se opondría la Ley Eldred. Las razones son vergonzosamente flojas. De un modo más importante, esta debilidad muestra algo claro sobre la verdadera naturaleza de este debate.

La MPAA argumentó primero que el Congreso había «rechazado firmemente el concepto central de la ley propuesta» —que se renovaran los copyrights. Eso era verdad, pero irrelevante, ya que el «firme rechazo» del gobierno había ocurrido mucho tiempo antes de que Internet hiciera mucho más probables los usos derivados. Segundo, argumentaron que la propuesta dañaría a los dueños de copyright pobres —aparentemente aquellos que no podrían permitirse la tarifa de un dólar. Tercero, argumentaron que el Congreso había determinado que extender el plazo de copyright animaría el trabajo de restauración. Quizás en el pequeño porcentaje de obras cubiertas por la ley del copyright que todavía es comercialmente valioso, pero de nuevo esto era irrelevante, ya que la propuesta no recortaría el plazo extendido a menos que no se pagara la tarifa de un dólar. Cuarto, la MPAA argumentaba que la ley impondría costes «enormes», ya que el sistema de registro no era gratuito. Es verdad, sí, pero esos costes son ciertamente menores que los costes de obtener los derechos para un copyright del que no se conoce el dueño. Quinto, estaban preocupados por los riesgos derivados de si el copyright de una historia en la que se basaba una película podrían pasar al dominio público. ¿Pero qué riesgo es ése? Si está en el dominio público, entonces la película es un uso derivado perfectamente válido.

Finalmente, la MPAA argumentó que la ley actual les permitía a los dueños del copyright hacer esto si lo deseaban. Pero la idea era precisamente que hay miles de dueños de copyright que ni siquiera saben que tienen un copyright que pueden ofrecer. Tengan o no la libertad de regalar su copyright —una afirmación controvertida en todo caso— si no saben que tienen un copyright, no es probable que lo hagan.

AL PRINCIPIO DE este libro conté dos historias sobre cómo la ley reacciona a los cambios tecnológicos. En una prevalecía el sentido común. En la otra el sentido común quedaba en la cuneta. La diferencia entre las dos historias estaba en el poder de la oposición —el poder de la parte que luchaba por defender el status quo. En ambos casos, la nueva tecnología amenazaba viejos intereses. Pero sólo en un caso esos intereses tenían el poder para protegerse contra esta nueva amenaza de la competencia.

Usé esos dos casos como una forma de enmarcar la guerra sobre la que ha tratado este libro. Porque aquí también hay una nueva tecnología que está forzando a que la ley reaccione. Y aquí también, deberíamos preguntarnos, ¿está la ley siguiendo o resistiéndose al sentido común? Si el sentido común apoya a la ley, ¿qué explica este sentido común?

Cuando lo que está sobre la mesa es la piratería es correcto que la ley respalde a los dueños de copyright. La piratería comercial que he descrito está mal y es dañina, y las leyes deberían esforzarse en eliminarla. Cuando el problema está en el intercambio p2p, es fácil entender por qué la ley todavía respalda a los propietarios: gran parte de ese intercambio está mal, aunque mucho sea inofensivo. Cuando la cuestióngira entorno a los plazos del copyright para los Mickey Mouse del mundo, es todavía posible comprender por qué las leyes favorecen a Hollywood: la mayoría de la gente no se da cuenta de las razones para limitar los plazos del copyright; por lo tanto es posible ver buena fe en su resistencia.

Pero cuando los dueños del copyright se oponen a una propuesta como la Ley Eldred, entonces, finalmente, hay un ejemplo que desenmascara el puro egoísmo que impulsa esta guerra. Esta ley liberaría una extraordinaria gama de contenidos que de otra forma permanecen sin uso. No interferiría en los deseos de ningún dueño de copyright de continuar ejerciendo control sobre sus contenidos. Simplemente liberaría lo que Kevin Kelly llama la «materia oscura de contenidos» que llena archivos en todo el mundo. Así que cuando los guerreros se oponen a un cambio como éste, deberíamos hacer una simple pregunta:

¿Qué es lo que realmente quiere esta industria?

Con muy poco esfuerzo los guerreros podrían proteger sus contenidos. Así que el esfuerzo para bloquear algo como la Ley de Eldred no está realmente en proteger *sus* contenidos. El esfuerzo para bloquear la Ley de Eldred es un esfuerzo por asegurar que el dominio público nunca será competencia, que no habrá ningún uso de contenidos que no esté comercialmente controlado, y que no habrá ningún uso comercial de contenidos que no exija primero *su* permiso.

La oposición a la Ley Eldred revela hasta qué punto es extremista la otra parte. El *lobby* de presión más poderoso y sexy, el más querido de todos, realmente tiene como objetivo no tanto la protección de la «propiedad» como el rechazo de una tradición. Su meta no es simplemente proteger lo que es suyo. *Su meta es asegurarse de que todo lo que hay es suyo.*

No es difícil entender por qué los guerreros adoptan esta opinión. No es difícil ver por qué se beneficiarían si de alguna forma se pudiera aplastar la competencia del dominio público vinculado a Internet. Igual que la RCA temía la competencia de la FM, ellos temen la competencia de un dominio público conectado a un público que ahora tiene los medios para crear a partir de él y para compartir su propia creación.

Lo que es difícil de entender es por qué el público adopta esta opinión. Es como si la ley hiciera a los aviones allanadores de moradas. La MPAA está del lado de los Causby y exige que sus remotos e inútiles derechos de copyright sean respetados, de manera que estos remotos y olvidados dueños de copyright puedan bloquear el progreso de otros.

Todo esto parece el fácil resultado de esta tranquila aceptación de la «propiedad» en la propiedad intelectual. El sentido común la apoya, y mientras lo haga lloverán los asaltos contra las tecnologías de Internet. La consecuencia será, cada vez más, una «sociedad del permiso». El pasado puede cultivarse sólo si puedes identificar al dueño y obtener su permiso para basarte en su obra. El futuro estará controlado por esta mano muerta (y a menudo inencontrable) del pasado.

Conclusión

HAY MÁS DE 35 millones de personas en todo el mundo portadores del virus del SIDA. De ellas, 25 millones viven en el África subsahariana. Ya han muerto 17 millones. 17 millones de africanos es equivalente en términos porcentuales a 7 millones de estadounidenses. Más importante aún, se trata de 17 millones de africanos.

No hay cura para el SIDA, pero hay medicamentos que reducen la velocidad de su desarrollo. Estas terapias antirretrovirales son todavía experimentales, pero ya han tenido efectos drásticos. En EE.UU., los pacientes de SIDA que toman regularmente un cóctel de estos medicamentos incrementan su esperanza de vida entre diez y veinte años. Para algunos, estos medicamentos hacen que la enfermedad sea casi invisible.

Estos medicamentos son caros. Cuando se introdujeron por primera vez en EE.UU. costaban entre 10.000 y 15.000 dólares por persona al año. Hoy algunos cuestan 25.000 dólares al año. A estos precios, ningún país africano puede permitirse los medicamentos necesarios para la inmensa mayoría de su población: 15.000 dólares es treinta veces la renta per cápita de Zimbawe. A estos precios, estos fármacos son totalmente imposibles de conseguir.[1] Estos precios no son altos porque los ingredientes de los medicamentos sean caros. Estos precios son altos porque los medicamentos están protegidos por patentes. Las compañías farmacéuticas, que produjeron estas mezclas que salvan vidas, gozan de al menos veinte años de monopolio sobre sus invenciones.

---

[1] Commission on Intellectual Property Rights, «Final Report: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy», Londres, 2002, disponible en el enlace #55. Según la Organización Mundial de la Salud en un comunicado de prensa difundido el 9 de julio de 2002, solamente 230.000 de las 6 millones de personas que necesitan medicamentos en los países en vías de desarrollo los reciben —y la mitad de ellos están en Brasil.

Emplean el poder del monopolio para extraer del mercado lo máximo que pueden. Ese poder es usado a su vez para mantener los precios altos.

Hay muchos que son escépticos con respecto a las patentes, especialmente las patentes de los fármacos. No soy uno de ellos. De hecho, de todas las áreas de investigación que deberían ser apoyadas por patentes, la investigación de medicamentos es, en mi opinión, el caso más claro en el que son precisas. La patente otorga a la empresa farmacéutica algún tipo de seguridad con respecto de que si tiene éxito inventando un nuevo fármaco para tratar una enfermedad, podrá recuperar su inversión y tener ganancias. Socialmente, es un incentivo de un valor extraordinario. Soy la última persona que defendería que las leyes habrían de abolirlo, al menos sin otros cargos en contra.

Pero una cosa es apoyar las patentes, incluso las patentes de fármacos, y otra es determinar el mejor método de enfrentarse a una crisis. A medida que los líderes africanos comenzaron a reconocer la devastación que traía consigo el SIDA, empezaron a buscar formas de importar tratamientos del VIH a costos significativamente más bajos que el precio de mercado.

En 1997 Sudáfrica lo intentó por una ruta específica. Aprobó una ley que permitía la importación de medicamentos patentados que hubieran sido producidos o vendidos en los mercados de otro país con el consentimiento del dueño de la patente. Por ejemplo, si el fármaco era vendido en la India, podía ser importado desde allí a África. Esto se llama «importación paralela», y está generalmente permitida bajo las leyes del comercio internacional y específicamente dentro de la Unión Europea.[2]

Sin embargo, el gobierno de EE.UU. se opuso a esta ley. En realidad, hizo más que oponerse. Tal y como lo caracterizó la Asociación Internacional de la Propiedad Intelectual, «el gobierno de EE.UU. presionó a Sudáfrica [...] para que no permitiera las licencias obligatorias o las importaciones paralelas».[3] A través de la Oficina del Representante de Comercio de EE.UU., el gobierno estadounidense le pidió a Sudáfrica que cambiara la ley —y para

2 Véase Peter Drahos con John Braithwaite, Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?, Nueva York, The New Press, 2003, p. 37.

3 International Intellectual Property Institute (IIPI), Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization, Washington, D.C., 2000, p. 14, disponible en el enlace #56. Para un relato de primera mano de la lucha en torno a Sudáfrica, véase Hearing Before the Subcommittee on Criminal Justice, Drug Policy, and Human Resources, House Committee on Government Reform, H. Rep., 1st sess., Ser. No. 106-126 (22 de julio de 1999), pp. 150-57 (declaración de James Love).

añadir presión a esa petición, en 1998 la USTR incluyó a Sudáfrica en la lista de posibles sanciones comerciales. Ese mismo año más de cuarenta compañías farmacéuticas comenzaron procesos en los tribunales sudafricanos para cuestionar las acciones de su gobierno. En ese momento, otros gobiernos de la UE se unieron a EE.UU.. Afirmaban, al igual que hacían las farmacéuticas, que Sudáfrica estaba violando sus obligaciones bajo las leyes internacionales, al discriminar un tipo particular de patente —las patentes farmacéuticas. La exigencia de estos gobiernos, con EE.UU. a la cabeza, era que Sudáfrica respetara estas patentes como respeta cualquier otra patente, sin prestar mayor atención a cualquier efecto que pudieran tener en el tratamiento del SIDA en Sudáfrica.[4]

Debemos situar la intervención de EE.UU. en su contexto. Sin duda las patentes no son la razón más importante por la que los africanos no tienen acceso a los medicamentos. La pobreza y la ausencia total de una infraestructura efectiva de atención sanitaria tienen mucha más importancia. Pero sin entrar en si las patentes son la razón más importante o no, el hecho es que el precio de los fármacos tiene un efecto sobre su demanda y las patentes afectan a los precios. Y por lo tanto, ya fuera masiva o marginalmente, la intervención de nuestro gobierno incidió en el cese del flujo de medicamentos a África.

Al detener el flujo de tratamientos de HIV a África, el gobierno de EE.UU. no estaba reservándose fármacos para el uso de los ciudadanos estadounidenses. Esto no es como el trigo (si se lo comen ellos, nosotros no podemos hacerlo); por el contrario, el flujo que los EE.UU. detuvieron al intervenir es, de hecho, un flujo de conocimientos: información sobre cómo tomar productos químicos que existen en África y convertirlos en medicamentos que puedan salvar de quince a treinta millones de vidas.

La intervención de EE.UU. tampoco iba a proteger los beneficios de la industria farmacéutica estadounidense —al menos, no substancialmente. No es que esos países estuvieran en condiciones de comprar los medicamentos a los precios que cobran las farmacéuticas. De nuevo, los africanos son tan extremadamente pobres que no pueden permitirse estos fármacos al precio al que se ofrecen. Detener la importación paralela de estos medicamentos no incrementa substancialmente las ventas de las compañías estadounidenses.

En lugar de todo esto, el argumento a favor de restringir el flujo de información, necesario para salvar millones de vidas, era un argumento acerca de

---

4 International Intellectual Property Institute (IIPI), Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization (Washington, D.C., 2000), p. 15.

la santidad de la propiedad.[5] Fue debido a que podría violarse la «propiedad intelectual» por lo que se defendió que estos fármacos no habían de fluir hacia África. Fue un principio acerca de la importancia de la «propiedad intelectual» lo que impulsó a estos gobiernos a intervenir en contra de la respuesta sudafricana contra el SIDA.

Ahora demos un paso atrás por un instante. Habrá un momento dentro de treinta años en el que nuestros hijos mirarán al pasado y se preguntarán cómo pudimos permitir que esto ocurriera. Cómo pudimos permitir que se siguiera una línea política cuyo coste directo fue acelerar la muerte de entre quince y treinta millones de africanos y cuyo único beneficio real era afirmar la «santidad» de una idea. Qué justificación podría remotamente existir para una política que tiene como resultado tantas muertes. Cuál es exactamente la locura que permite que tantos mueran por semejante abstracción.

Algunos culpan a las compañías farmacéuticas. Yo no. Son corporaciones. Sus directivos tienen la obligación legal de ganar dinero para la corporación. Promueven una determinada normativa de patentes no por una cuestión de ideales, sino porque esa normativa les permite obtener el máximo de ingresos. Y solamente se les permite obtener el máximo de ingresos debido a una específica corrupción de nuestro sistema político —una corrupción de la que las farmacéuticas ciertamente no son responsables.

La corrupción es el fracaso de la integridad de nuestros propios políticos. Pues a las empresas farmacéuticas les encantaría —dicen y yo las creo— vender sus productos, en África y en otros lugares, al precio más bajo posible. Hay algunas cuestiones que tendrían que resolver para asegurarse que los fármacos no volvieran a EE.UU., pero esos son simples problemas tecnológicos. Pueden superarse.

Sin embargo, no puede superarse un problema diferente. Es el miedo al político mediático que llamaría a los presidentes de las compañías farmacéuticas a una vista en el Senado o en el Congreso y les preguntaría: «¿Cómo es que venden este fármaco contra el VIH en África por sólo un dólar la pastilla, pero el mismo medicamento le cuesta 1.500 dólares a un estadounidense?»

---

5 Véase Sabin Russell, «New Crusade to Lower AIDS Drug Costs: Africa's Needs at Odds with Firms' Profit Motive», San Francisco Chronicle, 24 de mayo de 1999, A1, disponible en el enlace #57 («las licencias obligatorias y los mercados grises suponen una amenaza a todo el sistema de protección de la propiedad intelectual»); Robert Weissman, «AIDS and Developing Countries: Democratizing Access to Essential Medicines», Foreign Policy in Focus 4:23 (agosto 1999), disponible en el enlace #58 (describiendo la política de los EE.UU.); John A. Harrelson, «TRIPS, Pharmaceutical Patents, and the HIV/AIDS Crisis: Finding the Proper Balance Between Intellectual Property Rights and Compassion, a Synopsis», Widener Law Symposium Journal (primavera 2001), p. 175.

Como no hay una respuesta que suene bien a esa pregunta, el resultado sería inducir la regulación de precios en EE.UU. La industria farmacéutica, por tanto, evita esta espiral evitando el primer paso. Refuerzan la idea de que la propiedad debería ser sagrada. Adoptan una estrategia racional en un contexto irracional, con la consecuencia involuntaria de que quizás mueran millones de personas. Y así esa estrategia racional se presenta en los términos de este ideal —la santidad de una idea llamada «propiedad intelectual».

De manera que, cuando el sentido común de tu hijo se confronte contigo, ¿qué le dirás? Cuando el sentido común de una generación se rebele contra lo que hemos hecho, ¿cómo lo justificaremos? ¿Qué argumento tenemos?

Una normativa sensata de patentes aprobaría y apoyaría con fuerza el sistema de patentes sin tener que llegar a cualquier persona en cualquier lugar exactamente de la misma manera. Igual que una normativa sensata del copyright aprobaría y apoyaría con fuerza un sistema de copyright sin tener que regular la difusión de la cultura de un modo perfecto y para siempre, una normativa sensata de patentes podría aprobar y apoyar con fuerza un sistema de patentes sin tener que bloquear la difusión de medicamentos a países que no son lo suficientemente ricos como para permitírselos en ningún caso a precios de mercado. Una normativa sensata, en otras palabras, sería una normativa equilibrada. Durante la mayor parte de nuestra historia, las leyes tanto de copyright como de patentes estuvieron equilibradas, precisamente de esta manera.

Colectivamente, como la cultura que somos, hemos perdido este sentido del equilibrio. Hemos perdido el ojo crítico que nos ayuda a ver la diferencia entre la verdad y el extremismo. Un determinado fundamentalismo de la propiedad, que no tiene ningún vínculo con nuestra tradición, reina ahora en nuestra cultura —de un modo extraño, y con consecuencias más graves en el ámbito de la difusión de las ideas y de la cultura, que las que podrían darse en prácticamente cualquier otro ámbito de decisión política que podamos adoptar en tanto democracia.

UNA SIMPLE IDEA nos ciega y, al amparo de la oscuridad, ocurren muchas cosas que la mayoría rechazaríamos si cualquiera de nosotros abriese los ojos. Aceptamos la idea de la propiedad de las ideas, de un modo falto de crítica que ni siquiera nos damos cuenta de cuán monstruoso es negarle ideas a gente que se está muriendo sin ellas. Aceptamos la idea de propiedad de la cultura de un modo tan falto de crítica que ni siquiera cuestionamos cuándo el control de esa propiedad elimina nuestra capacidad, como

pueblo, de desarrollar nuestra cultura democráticamente. La ceguera se convierte en nuestro sentido común. Y el reto para cualquiera que quiera reclamar el derecho a cultivar nuestra cultura es hallar un modo de hacer que este sentido común abra los ojos.

De momento, el sentido común duerme. No hay rebelión alguna. El sentido común no ve todavía sobre qué podría haber una rebelión. El extremismo que domina ahora este debate concuerda con ideas que parecen naturales, y esta armonía se ve reforzada por las RCAs de nuestros días. Llevan a cabo una guerra frenética para luchar contra la «piratería», y asolan una cultura que está a favor de la creatividad. Defienden la idea de la «propiedad creativa» mientras que transforman a los creadores reales en modernos aparceros, sometidos feudalmente a los verdaderos dueños de las tierras que trabajan. Las RCAs de hoy en día se sienten insultadas por la idea de que los derechos deberían tener un equilibrio, incluso si cada uno de los actores principales en esta guerra de los contenidos se beneficiara de un ideal más equilibrado. La hipocresía apesta. Más aún en una ciudad como Washington, la hipocresía ni se nota. Poderosos lobbies y una mínima capacidad de atención producen la «tormenta perfecta» que acaba con la cultura libre.

EN AGOSTO DE 2003, comenzó una nueva lucha en EE.UU. en torno a la decisión de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO en inglés) de suspender un encuentro.[6] A petición de un amplio espectro de grupos de interes, la WIPO había decidido celebrar un encuentro para discutir «proyectos abiertos y de colaboración para crear bienes públicos». Se trata de proyectos que han tenido éxito a la hora de producir bienes públicos sin basarse exclusivamente en un uso propietario, cerrado, de la propiedad intelectual. Algunos ejemplos son Intenet y la World Wide Web, ambos desarrollados a partir de protocolos en el dominio público. Incluía la naciente tendencia para apoyar las revistas académicas abiertas, incluyendo el proyecto de la Biblioteca Pública de Ciencias que describo en el Epílogo. Incluía un proyecto para desarrollar polimorfismos de nucleo único (SNPs en inglés), que se piensa que tienen una gran importancia para la investigación biomédica. (El proyecto, sin ánimo de lucro, comprendía un consorcio del Wellcome Trust y compañías farmacéuticas y tecnológicas, entre ellas Amersham

---

[6] Jonathan Krim, «The Quiet War over Open-Source», Washington Post, 21 de agosto de 2003, E1, disponible en el enlace #59; William New, «Global Group's Shift on 'Open Source' Meeting Spurs Stir», National Journal's Technology Daily, 19 de agosto de 2003, disponible en el enlace #60; William New, «U.S. Official Opposes 'Open Source' Talks at WIPO», National Journal's Technology Daily, 19 de agosto 2003, disponible en el enlace #61.

Biosciences, AstraZeneca, Aventis, Bayer, Bristol-Myers Squibb, Hoffman-La Roche, Glaxo-SmithKline, IBM, Motorola, Novartis, Pfizer, and Searle). Incluía el Sistema de Posicionamiento Global (GPS), que Ronald Reagan liberó a principio de los ochenta. E incluía «el código abierto y el software libre».

El propósito del encuentro era considerar esta amplia gama de proyectos desde una perspectiva común: que ninguno de estos se basaba en el extremismo de la propiedad intelectual. En lugar de esto, en todos ellos, la propiedad intelectual tenía el contrapeso de acuerdos para mantener el libre acceso o para imponer límites a la manera en la que podían usarse las reivindicaciones privativas.

Por lo tanto, desde la perspectiva de este libro, el congreso era ideal.[7] Los proyectos acogidos en él incluían trabajos comerciales y no comerciales. Primordialmente tenían que ver con las ciencias, pero desde muchas perspectivas. Y la WIPO era el espacio perfecto para esta discusión, dado que se trata de la institución internacional más prominente en relación con cuestiones de propiedad intelectual.

En realidad, una vez me llamaron al orden, en público, por no reconocer este hecho con respecto de la WIPO. En febrero de 2003 di un discurso en el congreso preparatorio de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (WSIS en inglés). En una conferencia de prensa anterior al discurso me preguntaron qué iba a decir. Respondí que hablaría un poco de la importancia que tenía el equilibrio en el ámbito de la propiedad intelectual para el desarrollo de la sociedad de la información. Entonces la moderadora del evento me interrumpió puntualmente para informarnos a mí y a los periodistas reunidos que la WSIS no discutiría ninguna cuestión referida a la propiedad intelectual, ya que esas cuestiones eran dominio exclusivo de la WIPO. En realidad, en la charla que había preparado la propiedad intelectual era un punto menor. Pero después de esta asombrosa afirmación, convertí la propiedad intelectual en el único tema de mi charla. No hay forma de hablar de «la sociedad de la Información» a menos que uno hable también del grado de información y cultura que sería libre. Mi charla no dejó muy satisfecha a mi inmoderada moderadora. Y, sin duda, tenía razón en que la gama de protecciones de la propiedad intelectual era habitualmente la materia de la que se nutre la WIPO. Pero, en mi opinión, toda discusión sobre cuánta propiedad intelectual hace falta se queda corta, ya que, tal y como yo lo veo, se ha perdido la idea de equilibrio con respecto de la propiedad intelectual.

---

7 He de revelar que yo fui una de las personas que le pidió a la WIPO la reunión.

Así que, pudiera o no discutir la WSIS el asunto del equilibrio en referencia a la propiedad intelectual, pensé que se daba por sentado que la WIPO podía y debía hacerlo. Por lo tanto el encuentro sobre «proyectos abiertos y de colaboración para crear bienes públicos» parecía perfectamente apropiado dentro de su agenda.

Sin embargo, hay un proyecto dentro de esa lista que resulta muy controvertido, al menos para los lobbies. Ese proyecto es «el código abierto y el software libre». Microsoft, en particular, se muestra receloso de las discusiones sobre este tema. Desde su punto de vista, un congreso para discutir en relación al código abierto y al software libre sería un congreso para discutir sobre el sistema operativo de Apple. Tanto el código abierto como el software libre compiten con el software de Microsoft. E internacionalmente, muchos gobiernos han empezado a explorar algunos requisitos de uso del código abierto o el software libre, en lugar de «software propietario», para su propio uso interno.

No pretendo entrar ahora en este debate. Sólo es importante dejar claro que la distinción no está en la diferencia entre software comercial y no comercial. Hay muchas compañías importantes que dependen de modo fundamental del código abierto y del software libre: IBM es la más prominente de todas ellas. IBM está cambiando de modo creciente su enfoque hacia el sistema operativo GNU/Linux, el famoso pedacito de «software libre» —e IBM es de modo enfático una entidad comercial. Por lo tanto, apoyar el «código abierto y el software libre» no consiste en oponerse a las entidades comerciales. Es, por el contrario, apoyar un modelo de desarrollo de software distinto al de Microsoft.[8]

De un modo más relevante para nuestro propósito, apoyar «el código abierto y el software libre» no consiste en oponerse al copyright. «El código abierto y el software libre» no es software en el dominio público. Por el contrario, como el software de Microsoft, los dueños del copyright del software libre y del código abierto insisten con fuerza en que se respeten los términos de sus licencias por parte de aquellos que lo adoptan. Los términos de esa

---

8 La posición de Microsoft sobre el software libre y el software de código abierto es más sofisticada. Como ha afirmado repetidas veces, no tiene ningún problema con el software de «código abierto» o software bajo dominio público. La principal oposición de Microsoft es al «software libre» licenciado con licencia «copyleft», es decir, con una licencia que requiere que el que la recibe adopte los mismos términos en cualquier obra derivada. Véase Bradford L. Smith, «The Future of Software: Enabling the Marketplace to Decide», Government Policy Toward Open Source Software, Washington, D.C., AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2002, p. 69, disponible en el enlace #62. Véase también Craig Mundie, vicepresidente senior de Microsoft, The Commercial Software Model, discusión en la New York University Stern School of Business (3 de mayo de 2001), disponible en el enlace #63.

licencia son distintos, sin duda, de los términos de una licencia de software propietario. El software libre licenciado bajo la Licencia Pública General (GPL en inglés), por ejemplo, exige que el código fuente del software esté disponible para cualquiera que quiera modificar y redistribuir ese software. Si el copyright no gobernara el software, entonces el software libre no podría imponer el mismo tipo de requisitos a aquellos que lo adoptan. Depende, por lo tanto, de las leyes del copyright en la misma medida que Microsoft.

Es comprensible por ello que, como desarrollador de software propietario, Microsoft se opusiera a este encuentro de la WIPO, y es comprensible que usara a sus lobbies para conseguir que el gobierno de EE.UU. también se opusiera. Y de hecho esto es exactamente lo que se dijo que había ocurrido. Según Jonathan Krim del Washington Post, los miembros del lobby de Microsoft lograron que el gobierno de EE.UU. vetara el encuentro.[9] Y sin apoyo de EE.UU., el encuentro se suspendió.

No culpo a Microsoft por hacer lo que pueda para hacer avanzar sus propios intereses de una forma que esté de acuerdo con la ley. Y usar grupos de presión que influyan en los gobiernos es, simplemente, coherente con la ley. Para este caso, no hay nada sorprendente en sus presiones, y nada tremendamente sorprendente en que el más poderoso productor de software en EE.UU. haya tenido éxito en sus esfuerzos de presión.

Lo que sí es sorprendente es la razón dada por el gobierno de EE.UU. para oponerse al encuentro. De nuevo según la versión de Krim, Lois Boland, actual directora de relaciones internacionales de la Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU., explicó que «el software de código abierto va en contra de la misión de la WIPO, que consiste en promover los derechos de propiedad intelectual». Según citas textuales: «Celebrar un encuentro que tiene como propósito renunciar o prescindir de tales derechos nos parece que es contrario a las metas de la WIPO».

Estas afirmaciones son asombrosas a varios niveles.

Primero, son sencillamente erróneas. Tal como he descrito, la mayoría del código abierto y el software libre se basa fundamentalmente en el derecho de propiedad intelectual llamado «copyright». Sin él, las restricciones impuestas por estas licencias no funcionarían. Así, decir que la afirmación «va en contra» de la misión de promover los derechos de propiedad intelectual revela un enorme falta de comprensión —la clase de error que se puede perdonar en un estudiante de derecho de primer año, pero que es una vergüenza cuando proviene de un alto cargo gubernamental que trata asuntos de propiedad intelectual.

---

9 Krim, «The Quiet War over Open-Source», disponible en el enlace #64

Segundo, ¿quién ha dicho que el propósito exclusivo de la WIPO sea «promover» al máximo la propiedad intelectual? Como se me había dicho en el congreso preparatorio de la WSIS, la WIPO está para considerar no sólo la mejor manera de proteger la propiedad intelectual, sino también cuál es el mejor contrapeso a la propiedad intelectual. Como sabe cualquier economista o cualquier abogado, la cuestión que es de verdad difícil en relación con las leyes de propiedad intelectual es hallar ese contrapeso. Pero que debe haber límites es, pensaba, algo que nadie discute. Uno querría preguntarle a Boland si los medicamentos genéricos (medicamentos basados en fármacos cuya patente ha expirado) van en contra de la misión de la WIPO. ¿Debilita el dominio público la propiedad intelectual? ¿Habría sido todo mejor si se hubieran patentado los protocolos de Internet?

Tercero, incluso si uno creyera que el fin de la WIPO es maximizar los derechos de propiedad intelectual, en nuestra tradición esos derechos de propiedad pertenecen a individuos y a corporaciones. Ellos deciden que hacer con ellos porque, de nuevo, son sus derechos. Si quieren «prescindir» o «renunciar» a sus derechos, es algo, que dentro de nuestra tradición es totalmente apropiado. Cuando Bill Gates da más de 20.000 millones de dólares para hacer el bien en el mundo, eso no es incoherente con el sistema de la propiedad. Por el contrario, es algo que es justo aquello en lo que se supone que consiste el sistema de propiedad: dar al individuo el derecho a decidir qué hace con su propiedad.

Cuando la señora Boland dice que hay algo mal en un encuentro «que tiene como meta renunciar o prescindir de tales derechos», está diciendo que la WIPO está interesada en interferir en las decisiones de aquellos que poseen derechos de propiedad intelectual. Que de algún modo el objetivo de la WIPO debería ser impedir que un individuo «prescinda» o «renuncie» a un derecho de propiedad intelectual. Que el interés de la WIPO no es solamente maximizar los derechos de la propiedad intelectual, sino que se ejerzan de la manera más extrema y restrictiva posible.

Tenemos la historia de un derecho de propiedad semejante, bien conocido en la tradición anglo-americana. Se llama «feudalismo». Bajo el feudalismo, la propiedad no sólo estaba en las manos de un número relativamente pequeño de individuos y entidades. Y no sólo eran vastos y poderosos los derechos que acompañaban a esta propiedad. Además, el sistema feudal tenía un gran interés en asegurarse que los propietarios no debilitaran el propio sistema liberando gente o propiedad al dejarla pasar al control del libre mercado. El feudalismo dependía del máximo control y de la máxima concentración. Combatía cualquier libertad que pudiera interferir con ese control.

Tal y como cuentan Peter Drahos y John Braithwaite, ésta es precisamente la opción que estamos tomando con respecto a la propiedad intelectual.[10]

---

[10] Véase Drahos con Braithwaite, Information Feudalism, pp. 210-20.

Tendremos sociedad de la información. Eso seguro. Nuestra única decisión ahora es si esa sociedad de la información será libre o feudal. La tendencia apunta hacia una sociedad feudal.

Cuando comenzó esta batalla, la seguí en mi blog. Un animado debate siguió en los comentarios. La señora Boland tenía unos cuantos seguidores que intentaron mostrar por qué sus afirmaciones tenían sentido. Pero hubo un comentario que me resultó particularmente deprimente. Un comentarista anónimo publicó:

> George, malinterpretas a Lessig: está únicamente hablando del mundo tal y como debería ser («la meta de la WIPO, y la meta de todo gobierno, debería ser promover el equilibrio correcto con respecto a los derechos de propiedad intelectual, no simplemente promover los derechos de propiedad intelectual»), no como es. Si estuviéramos hablando del mundo tal y como es, por supuesto que Boland no ha dicho nada equivocado. Pero en el mundo que Lessig querría, por supuesto que estaba equivocada. Presta siempre atención a la diferencia entre el mundo de Lessig y el nuestro.

Se me escapó la ironía la primera vez que lo leí. Lo leí rápidamente y pensé que estaba apoyando la idea de que buscar un equilibrio es lo que nuestro gobierno debería hacer. (Por supuesto, mi crítica a la señora Boland no era sobre si ella buscaba o no el equilibrio; mi crítica tenía que ver con si sus afirmaciones revelaban un error propio de un estudiante de primero de derecho. No me hago ilusiones sobre el extremismo de nuestro gobierno, ya sea republicano o demócrata. Mi única ilusión aparente tiene que ver con si nuestro gobierno debería decir la verdad o no).

Obviamente, sin embargo, el comentarista no estaba apoyando esa idea. En lugar de eso, estaba ridiculizando la idea misma de que en el mundo real, la «meta» de un gobierno debería ser la de «promover el equilibrio correcto» con respecto a la propiedad intelectual. Para él eso era obviamente una tontería. Y obviamente, pensaba él, revelaba mi propio y tonto amor por la utopía. «Típico de un profesor», podría haber continuado.

Entiendo las críticas a las utopías de los profesores universitarios. Pienso, también, que las utopías son tontas y sería el primero en burlarme de los ideales absurdamente irreales de los académicos a lo largo de la historia (y no sólo en la historia de nuestro propio país).

Pero cuando se ha llegado a que se considere tonto suponer que el papel de nuestro gobierno habría de ser el de «buscar el equilibrio», entonces denme por tonto, porque eso significa que esto de verdad ha llegado a ser bastante serio. Si debiera ser obvio para todos que el gobierno no busca el equilibrio, que el gobierno es simplemente un instrumento de los grupos de

presión más poderosos, que la idea de medir al gobierno de acuerdo a otro estándar es absurda, que la idea de exigir del gobierno que diga la verdad y no mentiras es ingenua, entonces ¿en qué nos hemos convertido, nosotros, la democracia más poderosa del mundo?

Sería una locura esperar que un alto cargo gubernamental diga la verdad. Sería una locura creer que la política del gobierno será algo más que la criada de los intereses más poderosos. Sería una locura defender que deberíamos preservar una idea que ha sido parte de nuestra tradición durante la mayor parte de nuestra historia —la cultura libre.

Si esto es una locura, entonces que haya más locos. Pronto.

HAY MOMENTOS de esperanza en esta lucha. Y momentos que sorprenden. Cuando la FCC estaba considerando relajar las normas que rigen la propiedad, lo que habría incrementado la concentración de los medios de comunicación, una extraordinaria coalición bipartidista se unió para combatir este cambio. Quizás por primera vez en la historia, intereses tan diversos como la NRA, la ACLU, Moveon.org, William Safire, Ted Turner y Mujeres CódigoRosa para la Paz se organizaron para oponerse a este cambio en la política de la FCC. Sorprendentemente, se enviaron 700.000 cartas a la comisión exigiendo más vistas y un resultado diferente.

Este activismo no detuvo a la FCC, pero pronto, sólo un poco más tarde, una amplia coalición en el Senado votó para revocar la decisión de la FCC. Las debates hostiles que condujeron a ese voto revelaron cuán poderoso había llegado a ser este movimiento. No había apoyo substancial para la decisión de la FCC y había un amplio y sostenido apoyo para luchar contra una concentración aún mayor de los medios de comunicación.

Pero incluso a este movimiento se le escapa una pieza importante del rompecabezas. El gigantismo como tal no es malo. La libertad no se ve amenazada sólo porque algunos se hayan hecho muy ricos o porque haya solamente un puñado de grandes actores. La pobre calidad de los Big Macs o de las Burgers dobles no significa que no puedas conseguir una buena hamburguesa en otro sitio.

El peligro de la concentración de los medios de comunicación no viene de la concentración, sino del feudalismo que esta concentración produce, ligada a las modificaciones del copyright. No se trata de que sólo haya un puñado de compañías poderosas que controlan una tajada cada vez mayor de los medios de comunicación. Lo que hace que su enorme tamaño sea

malo es el hecho de que esta concentración pueda conjurar una gama igualmente inflada de derechos —derechos de propiedad de una forma históricamente extrema.

Por lo tanto, es significativo que tantos se manifiesten para exigir el derecho a la competencia y a una diversidad mayor. Aun así, si se entiende que la manifestación trata únicamente del tamaño, esto no es tremendamente sorprendente. Nosotros los estadounidenses tenemos una larga historia de luchar contra «lo grande», sabiamente o no. Que se nos pueda motivar a luchar contra «lo grande» una vez más no es nada nuevo.

Sería algo nuevo, y algo muy importante, si se pudiera convocar a un número igual para manifestarse contra el extremismo creciente inserto dentro de la idea de «propiedad intelectual». No porque el equilibrio sea ajeno a nuestra tradición; de hecho, como he argumentado, nuestra tradición es la del equilibrio. Sino debido a que el músculo preciso para pensar críticamente sobre la envergadura de cualquier cosa llamada «propiedad» ya no se ejercita dentro de esa tradición. Si fuéramos Aquiles, éste sería nuestro talón. Éste sería el punto de nuestra tragedia.

MIENTRAS ESCRIBO estas palabras finales, las noticias andan llenas de historias sobre las demandas de la RIAA contra casi trescientos individuos.[11] Eminem ha sido demandado por «samplear» música de otro.[12] La historia de Bob Dylan por el «robo» a un autor japonés ya se ha terminado.[13] Un *insider* de Hollywood —que insiste en permanecer en el anonimato— refiere «una asombrosa conversación con la gente de un estudio. Tienen extraordinarios contenidos [antiguos] que les encantaría usar, pero no pueden porque no saben ni como empezar ya que tendrían que clarificar la situación de los derechos. Tienen docenas de chavales que podrían hacer cosas sorprendentes

---

11 John Borland, «RIAA Sues 261 File Swappers», CNET News.com, 8 de septiembre 2003, disponible en el enlace #65; Paul R. La Monica, «Music Industry Sues Swappers», CNN/Money, 8 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #66; Soni Sangha y Phyllis Furman con Robert Gearty, «Sued for a Song, N.Y.C. 12-Yr-Old Among 261 Cited as Sharers», New York Daily News, 9 de septiembre de 2003, p. 3; Frank Ahrens, «RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants», Washington Post, 10 de septiembre de 2003, E1; Katie Dean, «Schoolgirl Settles with RIAA», Wired News, 10 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #67.

12 Jon Wiederhorn, «Eminem Gets Sued... by a Little Old Lady», mtv.com, 17 de septiembre de 2003, disponible en el enlace #68.

13 Kenji Hall, Associated Press, «Japanese Book May Be Inspiration for Dylan Songs», Kansascity.com, 9 de julio de 2003, disponible en el enlace #69.

con esos contenidos, pero serían precisos docenas de abogados para aclarar la situación antes de hacer nada». Hay congresistas que están hablando de liberar virus informáticos que destruyan ordenadores que se piensa que violan las leyes. Hay universidades que están amenazando de expulsión a chavales que usan un ordenador para compartir contenidos.

Pero en la otra orilla del Atlántico, la BBC acaba de anunciar que construirá un «Archivo Creativo», del cual los ciudadanos británicos pueden descargar contenidos, modificarlos, mezclarlos y grabarlos.[14] Y en Brasil, el ministro de cultura, Gilberto Gil, que además es un héroe popular de la música brasileña, se ha unido a Creative Commons para distribuir contenidos y licencias libres en ese país latinoamericano.[15]

He contado una historia sombría. La verdad es más compleja. Un tipo de tecnología nos ha dado una nueva libertad. Lentamente, algunos comienzan a entender que esta libertad no significa anarquía. Podemos llevar con nosotros una cultura libre al siglo XXI sin que los artistas pierdan y sin que el potencial de la cultura digital sea destruido. Será preciso pensar y, de un modo aún más importante, será preciso convertir en Causbys a las RCAs de nuestros días.

El sentido común debe rebelarse. Debe actuar para liberar la cultura. Cuanto antes, si este potencial ha de realizarse alguna vez.

---

14 «BBC Plans to Open Up Its Archive to the Public», comunicado de prensa de la BBC, 24 de agosto de 2003, disponible en el enlace #70.

15 «Creative Commons and Brazil», Creative Commons Weblog, 6 de agosto de 2003, disponible en el enlace #71

Epílogo

Al menos algunos de los que hayan leído hasta aquí estarán de acuerdo conmigo en que algo debe hacerse para cambiar el rumbo hacia el que nos dirigimos. El balance de este libro dibuja el mapa de qué puede hacerse.

Divido este mapa en dos partes: lo que cada uno puede hacer ahora y lo que precisa la ayuda de los legisladores. Si hay una lección que podamos destacar de cómo se ha rehecho el sentido común históricamente, es que se requiere que se cambie la manera en la que mucha gente piensa precisamente sobre el mismo asunto.

Eso significa que este movimiento debe empezar en la calle. Debe reclutar un número significativo de padres, profesores, bibliotecarios, creadores, autores, músicos, cineastas, científicos —para que todos ellos cuenten esta historia con sus propias palabras y para que les expliquen a sus vecinos por qué esta batalla es tan importante.

Una vez que este movimiento haya tenido efecto en la calle, habrá esperanzas de que tenga efecto en Washington. Aún somos una democracia. Lo que la gente piensa importa. No tanto como debería, al menos cuando alguna RCA se opone a ello, pero incluso así importa. Por lo tanto, en la segunda parte de lo que sigue, esbozo algunas modificaciones que el Congreso podría llevar a cabo para dar mayor seguridad a una cultura libre.

Nosotros, ahora

EL SENTIDO COMÚN está del lado los guerreros del *copyright* porque hasta este momento el debate ha quedado definido por sus extremos —como un enorme «o esto o lo otro»: o propiedad o anarquía, o control total o no se paga a los artistas. Si ésta fuera verdaderamente la elección, entonces los guerreros debieran ganar.

Aquí el error es excluir el punto medio. Se dan los extremos en este debate, pero los extremos no representan todo lo que hay. Existen aquellos que creen en el máximo copyright —«todos los derechos reservados»— y aquellos que rechazan el copyright —«ningún derecho reservado». Los de «todos los derechos reservados» creen que deberías pedir permiso antes de «usar», del modo que sea, una obra con copyright. Los de «ningún derecho reservado» creen que deberías poder hacer lo que quieras con los contenidos, sin que importe que tengas permiso o no.

Cuando Internet acababa de nacer, su arquitectura inicial se inclinó de un modo efectivo hacia la dirección de «ningún derecho reservado». Los contenidos podían ser copiados de una manera perfecta y barata; los derechos no podían controlarse fácilmente. Por lo tanto, a pesar de los deseos de la gente, el régimen de derechos del diseño original de Internet era «ningún derecho reservado». Los contenidos eran «tomados» sin que importaran los derechos. Todos los derechos estaban de hecho sin protección.

Este carácter inicial produjo una reacción (en la dirección contraria, pero no exactamente de igual magnitud) por parte de los dueños de copyright. Esa reacción ha sido el tema de este libro. Por medio de leyes, procesos y modificaciones en el diseño de la Red, los dueños de copyright han sido capaces de cambiar el carácter esencial del entorno de la Internet original. Si la arquitectura original hacía que la opción por defecto fuera de hecho «ningún derecho reservado», la arquitectura futura hará que la opción por defecto sea «todos los derechos reservados». La arquitectura y las leyes que rodean el diseño de Internet producirán, cada vez más, un entorno en el que el uso de los contenidos exija tener permiso. El mundo del «corta y pega» que define a Internet, hoy en día, se convertirá en el mundo de «consigue permiso para cortar y pegar» que es la pesadilla de los creadores.

Lo que se necesita es un modo de decir algo que esté en el medio—ni «todos los derechos reservados» ni «ningún derecho reservado», sino «algunos derechos reservados»— y por lo tanto un modo de respetar el copyright pero que posibilite que los creadores liberen contenidos de la

manera que les parezca más apropiada. En otras palabras, necesitamos una forma de restaurar una serie de libertades que antes simplemente podíamos dar por sentadas.

Cómo reconstruir libertades previamente dadas por supuestas: ejemplos

Si das un paso atrás y te alejas de la batalla que he estado describiendo aquí, reconocerás este problema a partir de otros contextos. Piensa en el derecho a la intimidad. Antes de Internet, la mayoría de nosotros no tenía que preocuparse mucho con respecto de la información que transmitía al mundo sobre su vida. Si entrabas en una librería y hojeabas algunas de las obras de Karl Marx, no tenías que preocuparte sobre el hecho de explicar a tus vecinos o a tu jefe tus hábitos a la hora de hojear libros. La libertad de tus hábitos de préstamo o compra estaba asegurada

¿Qué aseguraba esto?

Bueno, si lo pensamos en términos de las modalidades descritas en el capítulo 10, tu intimidad estaba asegurada gracias a una arquitectura ineficiente a la hora de recoger datos y, por lo tanto, a las limitaciones del mercado (costes) para cualquiera que quisiera recopilar esos datos. Si se sospechaba que eras un espía de Corea del Norte al mismo tiempo que trabajabas para la CIA, entonces sin duda tu privacidad no estaba asegurada. Pero eso se debía a que la CIA (esperemos) consideraría de suficiente interés gastarse los miles de dólares necesarios para seguirte la pista. Sin embargo, en la mayoría de los casos (de nuevo, esperemos), espiarnos no «sale a cuenta». La arquitectura altamente ineficiente del espacio real implica que todos podemos disfrutar de una dosis muy robusta de intimidad. Esa intimidad nos está garantizada por la fricción. No por ley (no hay leyes que protejan la «intimidad» en lugares públicos), y en muchos lugares, no por la norma (curiosear y chismear es divertido), sino, por el contrario, por los costes que la fricción le impone a cualquiera que quiera espiar.

Pero en esto llega Internet, donde, en particular, los costes de rastrear lo que hojeas se han hecho mínimos. Si eres cliente de Amazon, conforme hojeas distintas páginas, Amazon recopila información sobre lo que has mirado. Esto se sabe porque en el lado de la página hay una lista de páginas «vistas recientemente». Ahora, gracias a la arquitectura de la Red y a la función de las *cookies*, es más fácil recopilar información que no hacerlo. La fricción ha desaparecido y por lo tanto lo ha hecho también cualquier «privacidad» protegida por la fricción.

El problema, por supuesto, no es Amazon. Pero podemos empezar a preocuparnos por las bibliotecas. Si eres uno de esos locos izquierdistas que piensa que la gente debería tener el «derecho» a hojear cualquier cosa en una bibliotecas, sin que el gobierno sepa qué libros miras (y yo soy también uno de esos izquierdistas), entonces esta modificación de la tecnología de control debería preocuparte. Si recopilar y ordenar datos sobre quién hace qué en espacios digitales se convierte en algo sencillo, entonces se esfuma la privacidad inducida por la fricción que tuvimos en el pasado.

Esta realidad explica la presión por parte de muchos para definir qué es la «intimidad» en Internet. El reconocimiento de que la tecnología puede eliminar todo aquello que la fricción nos dio antes es lo que a muchos conduce a promover leyes que hagan lo que hacía la fricción.[1] Y ya estés a favor de estas leyes o en contra, aquí lo que importa es la pauta. Hemos de tomar medidas activas que nos aseguren el tipo de libertad que antes se nos proporcionaba pasivamente. Una modificación en la tecnología nos fuerza ahora, a aquellos que creemos en la intimidad, a actuar de una forma afirmativa donde la privacidad se daba antes por defecto.

Se podría contar una historia semejante acerca del nacimiento del movimiento del software libre. Cuando por primera vez se distribuyeron comercialmente ordenadores con software, el software —tanto el código fuente como los binarios— era libre. Era imposible ejecutar un programa escrito para una máquina de Data General en una máquina de IBM, así que Data General e IBM no se preocuparon de controlar su software.

Éste era el mundo en el que nació Richard Stallman, y mientras era investigador en el MIT llegó a amar la comunidad que creció cuando uno tenía la libertad de explorar y jugar con el software que se ejecutaba en las máquinas. Un tipo listo y un programador de talento, Stallman llegó a depender de la libertad para modificar o añadir algo al trabajo de otra gente.

Al menos, en un entorno académico ésta no es una idea tremendamente radical. En un departamento de matemáticas, cualquiera tiene la libertad de jugar con la demostración que otro ha ofrecido previamente. Si creías que tenías una forma mejor de demostrar un teorema, podías tomar lo que otro había hecho y cambiarlo. En un departamento de Lenguas Clásicas, si pensabas que la

---

[1] Véase, por ejemplo, Marc Rotenberg, «Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)», *Stanford Technology Law Review* 1 (2001): par. 6-18, disponible en el enlace #72 (describiendo ejemplos en los que la tecnología define la política de privacidad). Véase también Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*, Nueva York, Random House, 2004 (delineando las concesiones mútuas entre la tecnología y la privacidad).

traducción hecha por un colega de un texto recientemente descubierto tenía errores, gozabas de la libertad de mejorarla. Así, para Stallman, parecía obvio que debías ser libre para jugar y mejorar el código que se ejecutaba en una máquina. Esto también era conocimiento. ¿Por qué no habría de estar abierto a críticas, como cualquier otra cosa?

Nadie respondió a esta pregunta. En lugar de esto, la estructura de ingresos del sector informático cambió. Conforme se hizo posible importar programas de un sistema a otro, se volvió comercialmente atractivo esconder el código de los programas (al menos en opinión de algunos). Lo mismo ocurrió, también, cuando las empresas empezaron a vender periféricos para sistemas. Si simplemente puedo tomar el *driver* de tu impresora y copiarlo, entonces me resulta más sencillo que a ti vender impresoras en el mercado.

De este modo, la práctica del código propietario empezó a expandirse y para principios de los ochenta Stallman se encontraba rodeado de código propietario. El mundo del software libre había sido eliminado por un cambio en la economía de la informática. Y según creía él, si no hacía nada, entonces la libertad de modificar y compartir software sería debilitada de un modo fundamental.

Así que, en 1984, Stallman dio comienzo a un proyecto para construir un sistema operativo libre, de manera que al menos una rama del software libre sobreviviera. Esto fue el nacimiento del proyecto GNU, al cual se añadió el «kernel» Linux de Linus Torvalds para así producir el sistema operativo GNU/Linux.

La técnica de Stallman fue usar las leyes de copyright para construir un ámbito del software que había de mantenerse libre. El software licenciado bajo la GPL de la *Free Software Foundation*[2] no puede modificarse ni distribuirse a menos que el código fuente también se haga público. De este modo, cualquiera que construyese sobre la base de software con GPL tendría que liberar también su código. Esto aseguraría, creía Stallman, el desarrollo de una ecología del código que se mantendría libre para que otros construyeran sobre él. Su meta fundamental era la libertad; el código creativo e innovador era un producto secundario.

Stallman, por lo tanto, estaba haciendo por el código lo que los defensores del derecho a la intimidad hacen ahora por la privacidad. Estaba buscando una forma de reconstruir un tipo de libertad que antes se había dado por

---

2 Fundación para el software libre en castellano, organización sin ánimo de lucro, creada en 1985, con el fin promover el desarrollo del software libre y defender legalmente la vigencia y el respeto de las licencias copyleft de los programas, las librerías informáticas y los manuales de uso del software [*N. del E.*].

sentada. A través del uso activo de licencias que marcan obligaciones al código con copyright, Stallman estaba reclamando de hecho un espacio en el que el software libre pudiera sobrevivir. Estaba protegiendo activamente lo que antes se había garantizado pasivamente.

Finalmente, considérese un ejemplo muy reciente que resuena más directamente en relación a la historia de este libro. Es el cambio en la forma en que se producen las revistas académicas y científicas.

Conforme se desarrollan las tecnologías digitales, a muchos les resulta obvio que imprimir miles de copias de revistas cada mes y enviarlas a las bibliotecas no es quizá la forma más eficiente de distribuir conocimiento. En lugar de esto, las revistas se están editando, de forma creciente, en forma digital y las bibliotecas y sus usuarios reciben acceso a estas revistas digitales a través de sitios protegidos con contraseñas. Algo semejante ha estado ocurriendo en el campo del derecho durante casi treinta años: Lexis y Westlaw tienen versiones electrónicas de informes de casos que están disponibles para sus suscriptores. Aunque una sentencia del Tribunal Supremo no tiene copyright y cualquiera es libre de ir a una biblioteca y leerla, Lexis y Westlaw son libres también de cobrar a sus usuarios por el privilegio de acceder a esa misma opinión a través de sus servicios.

En general no hay nada malo en todo esto, y de hecho la capacidad de cobrar por el acceso, incluso a materiales en el dominio público, es un buen incentivo para que la gente desarrolle formas nuevas e innovadoras de difundir el conocimiento. Las leyes están de acuerdo y es por esto que se ha permitido que florezcan Lexis y Westlaw. Y si no hay nada malo en vender algo bajo dominio público, entonces no puede haber nada malo, en principio, en vender el acceso a materiales que no están en el dominio público.

Pero ¿qué pasaría si la única forma de acceder a datos sociales y científicos fuera a través de servicios propietarios? ¿Qué pasaría si nadie pudiera hojear esta información a menos que pagara una suscripción?

Tal y como muchos están empezando a comprender, esto es ya realidad en el caso de las revistas científicas. Cuando estas revistas se distribuían en papel, las bibliotecas podían ponerlas a disposición de cualquiera que tuviese acceso a ellas. Así, los pacientes con cáncer podían convertirse en expertos sobre el cáncer debido a que la biblioteca les permitía el acceso. O los pacientes que intentaran entender los riesgos de un determinado tratamiento podían investigar esos riesgos leyendo todos los artículos disponibles sobre ese tratamiento. Esta libertad era, por lo tanto, una función de la institución, las bibliotecas (normas), y de la tecnología de las revistas en papel (arquitectura) —es decir, era muy difícil controlar el acceso a una revista en papel.

Conforme las revistas se vuelven digitales, sin embargo, los editores están exigiendo que las bibliotecas no den acceso al público general. Esto significa que las libertades proporcionadas por las revistas impresas en bibliotecas públicas está desapareciendo. Así, del mismo modo que con la intimidad y con el software, una tecnología modificada y el mercado están reducido una libertad que se daba antes por sentada.

Esta libertad menguante ha llevado a muchos a tomar medidas activas para restaurar la libertad perdida. La Biblioteca Pública de la Ciencia (PLoS en inglés), por ejemplo, es una corporación sin ánimo de lucro dedicada a hacer de la investigación científica algo disponible a cualquiera con una conexión a la Red. Los autores de trabajos científicos envían estos trabajos a la Biblioteca Pública de la Ciencia. Ese trabajo se somete después a evaluación de expertos. Si se acepta, se deposita en un archivo digital público y se le da acceso general de forma gratuita. La PLoS también vende una versión impresa de éstas obras, pero el copyright para la versión en papel no restringe el derecho a redistribuir gratuitamente los trabajos incluidos.

Éste es uno de los muchos esfuerzos para restaurar una libertad antes dada por sentada, pero amenazada ahora por el mercado y una tecnología cambiante. Sin duda esta alternativa compite con los editores tradicionales y sus esfuerzos por ganar dinero a partir de la distribución exclusiva de contenidos. Pero la competencia en nuestra tradición es presuntamente algo bueno —especialmente cuando ayuda a difundir el conocimiento y la ciencia.

Cómo reconstruir la cultura libre: una idea

La misma estrategia puede aplicarse a la cultura, como respuesta al control creciente que se lleva a cabo por medio de las leyes y la tecnología.

He aquí Creative Commons. Creative Commons (las Tierras Comunales Creativas en castellano) es una corporación sin ánimo de lucro establecida en Massachusetts, pero que tiene su sede en la universidad de Stanford. Su meta es construir una capa de *copyright razonable* por encima de los extremos que reinan hoy en día. Y esto lo lleva a cabo haciendo que sea más fácil construir a partir de las obras de otra gente, por medio de hacer más fácil a los creadores la determinación de los grados de libertad que otros tienen a la hora de tomar y construir sobre sus obras. Esto es posible por medio de etiquetas sencillas, etiquetas ligadas a descripciones que las personas pueden leer, licencias a prueba de bombas.

Sencillas —lo cual significa que funcionan sin intermediarios ni abogados. Al desarrollar una serie de licencias libres que la gente puede añadir a sus contenidos, Creative Commons pretende determinar un espectro de contenidos que puedan ser empleados fácil y seguramente como base para más contenidos. Estas etiquetas se enlazan después a versiones legibles por máquinas, las cuales permiten a los ordenadores identificar automáticamente contenidos que se pueden compartir fácilmente. Juntas, estas tres expresiones —una licencia legal, una descripción legible para seres humanos, una etiqueta legible para máquinas—constituyen una licencia de Creative Commons. Una licencia Creative Commons constituye una garantía de libertad para cualquiera que acceda a la licencia y, de un modo más importante, una expresión del ideal de que la persona asociada a la licencia cree en algo distinto a los extremos del «todo» o «nada». Los contenidos se marcan con la marca de CC, lo que no significa que se renuncie al copyright, sino que se conceden ciertas libertades.

Estas libertades están más allá de las libertades prometidas por el *fair use*. Sus contornos precisos dependen de las decisiones que tome el creador. El creador puede escoger una licencia que permita cualquier uso, en tanto que se le atribuya la obra. Puede escoger una licencia que permita solamente usos no comerciales. Puede escoger una licencia que permita cualquier uso en tanto que las mismas libertades les sean otorgadas a otros usuarios («comparte y comparte de la misma forma»). O cualquier uso en tanto que no sea un uso derivado de la obra. O absolutamente cualquier uso en países en vías de desarrollo. O cualquier uso en un sampleado, en tanto que no se hagan copias completas. O, finalmente, cualquier uso educativo.

Estas opciones establecen, por lo tanto, un espectro de libertades más allá del que establecen por defecto las leyes de *copyright*. Permiten también libertades que van más allá del *fair use* tradicional. Y de modo más importante, expresan estas libertades de una forma por la que los usuarios posteriores pueden usar estas obras y fiarse de lo que hacen sin que haga falta contratar a un abogado. Creative Commons, pretende, por lo tanto, construir una capa de contenidos, gobernados por una capa de leyes razonables de copyright, sobre la que otros puedan construir. Las decisiones voluntarias de individuos y creadores harán que estos contenidos estén disponibles. Y estos contenidos nos permitirán a su vez reconstruir un dominio público.

Éste es solamente un proyecto entre muchos dentro de Creative Commons. Y por supuesto, Creative Commons no es la única organización en busca de estas libertades. Pero el punto que distingue a Creative Commons de muchas otras es que no estamos interesados sólo en hablar sobre dominio público o en conseguir que los legisladores ayuden a construir un dominio público. Nuestra meta es construir un movimiento de consumidores y

productores de contenidos («conductores de contenidos», como los llama la abogada Mia Garlick) que ayuden a construir un dominio público y que, por medio de su obra, demuestren la importancia del dominio público para otras formas de creatividad.

La meta no es combatir a los defensores de «todos los derechos reservados». La meta es complementarlos. Los problemas que la ley nos crea como cultura son producidos por las consecuencias irracionales e involuntarias de leyes escritas hace siglos, aplicadas a una tecnología que solamente Jefferson podría haber imaginado. Puede que las reglas tuvieran sentido en un marco tecnológico de hace siglos, pero no tienen sentido en el marco de las tecnologías digitales. Lo que hoy necesitamos son nuevas reglas —con libertades diferentes, expresadas de forma que puedan usarlas seres humanos sin abogados. Creative Commons le da a la gente una forma efectiva de empezar a construir esas reglas.

¿Por qué habrían de participar los creadores, abandonando un control total sobre sus obras? Algunos participan para difundir mejor sus contenidos. Cory Doctorow, por ejemplo, es un autor de ciencia ficción. Su primera novela, *Down and Out in the Magic Kingdom*, fue publicada gratis en Internet, bajo una licencia de Creative Commons, el mismo día que se puso a la venta en las librerías.

¿Por qué un editor habría de estar de acuerdo con esto? Sospecho que éste fue el razonamiento del editor: Hay dos tipos de gente: (1) los que comprarán el libro de Cory Doctorow sin que importe o no que esté en Internet y (2) los que nunca comprarán un libro de Cory, si no está disponible gratis en Internet. Una parte de los (1) se bajará el libro de Cory en lugar de comprárselo. Llamémosle los malos (1). Una parte de los (2) se bajará el libro de Cory, les gustará y entonces decidirán comprárselo. Llamémosles los buenos (2). Si hay más buenos (2) que malos (1), la estrategia de publicar el libro de Cory gratis en Internet probablemente *incrementará* las ventas del libro de Cory.

De hecho, la experiencia de su editor claramente apoya esta conclusión. La primera tirada se acabó meses antes de lo que esperaba el editor. Esta primera novela de un autor de ciencia ficción fue un éxito absoluto.

La idea de que los contenidos libres pueden incrementar el valor de contenidos que no son libres fue confirmada por la experiencia de otro autor. Peter Wayner, quien había escrito un libro sobre el movimiento del software libre titulado *Free For All*, publicó gratis en Internet, bajo una licencia de Creative Commons, una versión digital de su libro una vez que estuvo descatalogado. Después observó los precios de las copias usadas de su libro. Tal y como se había predicho, los precios de las copias usadas de su libro también subieron.

Éstos son ejemplos de cómo usar los Commons, las Tierras Comunales, el Procomún para difundir mejor contenidos propietarios. Creo que es un uso maravilloso y común de los Commons. Hay otros que usan licencias de Creative Commons por otras razones. Muchos de los que usan la «licencia de sampleado» lo hacen porque cualquier otra cosa sería una hipocresía. La licencia de sampleado dicta que otros tienen la libertad, para propósitos comerciales y no comerciales, de samplear contenidos de la obra licenciada; solamente no tienen la libertad de hacer copias de la obra licenciada y ponerlas a disposición de otros. Esto es coherente con su propio arte —también ellos samplean a otros. Dado que los costes *legales* de samplear son tan altos (Walter Leaphart, manager del grupo de rap Public Enemy, que nació sampleando la música de otros, ha afirmado que ya no «permite» que Public Enemy samplee nada más, debido a los altos costes legales[3]), estos artistas difunden en el entorno creativo contenidos que otros pueden usar como base para construir los suyos propios, de manera que esta forma de creatividad pueda crecer.

Finalmente, hay muchos que marcan su contenido con una licencia de Creative Commons simplemente porque quieren dejar claro a los demás la importancia del equilibrio en este debate. Si te dejas llevar por el sistema tal y como está, estás efectivamente diciendo que crees en el modelo de «todos los derechos reservados». Lo cual está muy bien por lo que a ti respecta, pero muchos no piensan así. Muchos creen que por muy apropiadas que sean las reglas para Hollywood y sus *freaks*, no se trata de una descripción apropiada sobre la forma en la que muchos creadores consideran los derechos asociados con sus contenidos. La licencia de Creative Commons expresa esta noción de «algunos derechos reservados» y da a muchos la oportunidad de decírselo a otros.

En los primeros seis meses del experimento de Creative Commons, más de un millón de objetos se licenciaron con estas licencias de cultura libre. El próximo paso es asociarse con proveedores *middleware*[4] para ayudarles a añadir a sus tecnologías formas sencillas para los usuarios con el fin de marcar sus contenidos con las libertades de Creative Commons. Después, el paso siguiente es observar y reconocer a los creadores que construyan sus contenidos a partir de contenidos liberados.

---

3 *Willful Infringement: A Report from the Front Lines of the Real Culture Wars* (2003), producido por Jed Horovitz, dirigido por Greg Hittelman, una producción Fiat Lucre, disponible en el enlace #72.

4 El *middleware* es un software de conexión que consiste en una serie de servicios que permiten que múltiples procesos en ejecución en una o más máquinas interactúen entre sí a través de una red [*N. del T.*].

Éstos son los primeros pasos para reconstruir un dominio público. No son mera charla; ya están en acción. Construir un dominio público es el primer paso para mostrarle a la gente cuán importante es ese dominio para la creatividad y la innovación. Creative Commons confía en pasos voluntarios para conseguir esta reconstrucción. Conducirán a un mundo en el que sean posibles más pasos voluntarios.

Creative Commons es solamente un ejemplo de los esfuerzos voluntarios por parte de individuos y creadores para cambiar la composición de derechos que ahora gobierna el campo de la creación. El proyecto no compite con el copyright; lo complementa. Su meta no es derrotar los derechos de los autores, sino facilitar a los autores y creadores el ejercicio de sus derechos con mayor flexibilidad y a menor precio. Esa diferencia, creemos, permitirá que la creatividad se difunda más fácilmente.

Ellos, pronto

NO RECUPERAREMOS una cultura libre solamente con acciones individuales. Precisará también de importantes reformas legales. Nos queda mucho, antes de que los políticos escuchen estas ideas e implementen estas reformas. Pero eso también significa que tenemos tiempo para concienciar a la gente con respecto de los cambios que necesitamos.

En este capítulo, esbozo cinco modalidades de cambio: cuatro son generales y uno es específico de la batalla más virulenta hoy en día, la de la música. Cada uno señala un paso, no un fin. Pero cada uno de estos pasos puede llevarnos muy lejos en la dirección de nuestro destino.

1. Más formalidades

Si te compras una casa, tienes que registrar esa venta en un documento legal. Si compras tierras sobre las que construir una casa, tienes que registrar esa compra en un documento legal. Si te compras un coche, tienes que conseguir una prueba de venta y matricular el coche. Si compras un billete de avión, tiene tu nombre.

Éstas son formalidades asociadas a la propiedad. Son requisitos por los que todos tenemos que pasar si queremos que nuestra propiedad esté protegida.

Por el contrario, bajo las leyes actuales del copyright, recibes automáticamente el copyright, sin que importe si has cumplido o no con alguna formalidad. No tienes que registrarlo. No tienes que marcar tus contenidos. La opción por defecto es control y las «formalidades» son eliminadas.

¿Por qué?

Tal y como sugerí en el capítulo 10, el motivo para abolir las formalidades era bueno. En el mundo anterior a las tecnologías digitales, las formalidades imponían a los dueños de copyright una carga que no conllevaba muchos beneficios. De este modo, supuso un progreso el que las leyes relajaron los requisitos formales por los que tenía que pasar un dueño de copyright para proteger y asegurar su obra. Esas formalidades se perdieron en el proceso.

Pero Internet modifica el marco. Hoy en día, las formalidades no tienen que ser una carga. Más bien, un mundo sin formalidades es un mundo que le impone cargas a la creatividad. Hoy en día, no hay una manera sencilla de saber quién es dueño de qué o con quién tiene uno que tratar para usar o basarse en el trabajo creativo de otros. No hay registros, no hay un sistema de búsqueda —no hay una manera sencilla para saber cómo conseguir permiso. Sin embargo, dado el masivo incremento del campo de acción de las reglas del copyright, recibir permiso es un paso necesario para cualquier obra que se construya a partir de nuestro pasado. Y así, la *falta* de formalidades fuerza al silencio a muchos que, de otra manera, podrían hablar.

Por lo tanto, las leyes deben cambiar este requisito[5] —pero no deben cambiar para volver al viejo y roto sistema. Debemos exigir formalidades, pero debemos establecer un sistema que cree incentivos para minimizar la carga de estas formalidades.

Las formalidades importantes son tres: marcar las obras con copyright, registrar los copyrights y renovar las exigencias del copyright. Tradicionalmente, la primera de las tres era algo que el dueño del copyright hacía por sí mismo; las dos últimas eran algo que hacía el gobierno. Pero un sistema revisado de formalidades eliminaría al gobierno del proceso, excepto para el único propósito de aprobar estándares desarrollados por otros.

---

[5] La propuesta que estoy presentando aquí se aplicaría únicamente a las obras estadounidenses. Obviamente, creo que sería beneficioso que otros países también adoptaran la misma idea.

Registro y renovación

Bajo el antiguo sistema, los dueños del copyright tenían que presentar una petición de registro a la Oficina de Copyright para registrar o renovar un mismo copyright. Cuando se presentaba esa solicitud, había que pagar una tarifa de registro. Como ocurre con la mayoría de las entidades del gobierno, la Oficina de Copyright tenía poco incentivo para minimizar las cargas del registro; tenía también poco incentivo para minimizar la tarifa. Y como la Oficina de Copyright no es una de las propiedades de la política del gobierno, históricamente la entidad ha sufrido una gran carencia de financiación. De este modo, cuando la gente que sabía algo del proceso oía algo acerca de esta idea de las formalidades, su primera reacción era de pánico —nada podría ser peor que forzar a la gente a que se enfrente al caos que supone la Oficina de Copyright.

Todavía me resulta siempre sorprendente que nosotros, que venimos de una tradición de extraordinaria innovación en lo tocante al diseño del gobierno, ya no podamos pensar innovadoramente acerca de cómo las funciones del gobierno podrían ser diseñadas. Que una parte del Gobierno tenga una función pública no significa que el gobierno tenga que administrar esa función. En lugar de esto, deberíamos estar creando incentivos para que grupos privados sirvan al público, sujetos a los estándares que marque el gobierno.

En el contexto del registro Internet es un modelo obvio. Hay al menos 32 millones de sitios web registrados en todo el mundo. Los dueños de los dominios de esos sitios deben pagar una tarifa para mantener vivos sus registros. En los principales dominios de primer nivel (.com, .org, .net), hay un registro central. Los verdaderos registros, sin embargo, son llevados a cabo por una multitud de agencias de registro que compiten entre sí. Esa competencia disminuye los costes y, de un modo más importante, aumenta la facilidad con la que se produce el registro de un dominio.

Deberíamos adoptar un modelo similar para el registro y la renovación de copyrights. La Oficina de Registro podría servir como registro central, pero no debería estar en el negocio de los registros. En lugar de esto, debería establecer una base de datos y establecer una serie de estándares para las compañías de registro. Debería aprobar aquellas que cumplan con estos mismos estándares. Estas compañías, a su vez, competirían entre sí para proporcionar los sistemas más sencillos y baratos de registro y renovación de copyright. Esta competencia reduciría sustancialmente la carga de esta formalidad, al tiempo que produciría una base de datos de registros que facilitaría la liberación de contenidos bajo licencia.

Marcar

Normalmente el olvido a la hora de incluir un aviso de copyright en una obra de creación implicaba que el copyright se había perdido. Lo cual era una dura pena por olvidarse de cumplir con una mera regla —similar, en el mundo de los derechos de creación, a imponer la pena de muerte por una multa de aparcamiento. De nuevo, aquí no hay razón alguna para que el requisito de imponer una marca se deba hacer cumplir de esta manera. Y de un modo más importante, no hay razón para que el requisito de marcar las obras se deba hacer cumplir uniformemente en todos los medios.

El propósito de marcar una obra es indicar al público que esa obra tiene copyright y que el autor quiere que se cumplan esos derechos. La marca también facilita la localización del dueño del copyright para obtener permiso para usar la obra.

Uno de los problemas a los que al principio se enfrentó el sistema de copyright era que los distintos tipos de obras con copyright tenían que marcarse de maneras distintas. No estaba claro cómo o dónde había de marcarse una estatua, o un disco, o una película. Un nuevo requisito a la hora de marcar las obras podría resolver estos problemas al reconocer las diferencias entre los medios de expresión y al permitir que el sistema de marca evolucione conforme las tecnologías se lo permitan. El sistema podría permitir una señal especial por el olvido a la hora de marcar la obra —no la pérdida de copyright, sino la perdida del derecho de castigar a alguien por el olvido de pedir permiso para usar la obra antes de hacerlo.

Empecemos por este último punto. Si el dueño de un copyright permite que su obra se publique sin un aviso de copyright, la consecuencia de ese olvido no ha de ser la pérdida de copyright. La consecuencia podría ser, por el contrario, que cualquiera tenga el derecho a usar esta obra, hasta que el dueño del copyright se queje y demuestre que esa obra es suya y que no da permiso.[6] El significado de una obra no marcada sería por tanto «úsala a menos que alguien se queje». Si alguien se queja, entonces la obligación sería dejar de usar la obra en cualquier creación nueva a partir de entonces, pero no se impondría ninguna pena a los usos llevados a cabo hasta ese momento. Esto crearía un fuerte incentivo para que los dueños de copyright marcasen sus obras.

---

6 Habría una complicación con las obras derivadas que no he resuelto. En mi opinión, la ley de obras derivadas genera un sistema más complicado que lo que justifican los incentivos marginales que a su vez crea.

Lo cual a su vez implica la cuestión de cuál es la mejor manera de marcar una obra. Aquí, de nuevo, el sistema necesita ajustarse conforme evolucionen las tecnologías. La mejor forma de asegurarse que el sistema evoluciona es limitar el papel de la Oficina de Copyright a la aprobación de estándares para marcar contenidos y que el marcado se produzca luego en otro sitio.

Por ejemplo, si una asociación de discográficas diseña un método para marcar CDs, se la propondría a la Oficina de Copyright. La Oficina de Copyright tendría una vista, en la cual podrían hacerse otras propuestas. La Oficina del Copyright escogería entonces la propuesta que juzgara preferible a las otras y basaría esta elección *únicamente* en la consideración de qué método podría integrarse mejor en el sistema de registro y renovación. No podemos contar con el gobierno para que innove; pero podemos contar con el gobierno para que mantenga los productos de la innovación en armonía con sus otras funciones importantes.

Finalmente, marcar claramente los contenidos simplificaría los requisitos de registro. Si las fotografías fueran marcadas por autor y año, habría pocos motivos para, por ejemplo, permitir que un fotógrafo volviera a registrar, de golpe, todas las fotografías tomadas en un determinado año. La meta de esta formalidad no es imponerle una carga al creador; el sistema mismo debería ser tan simple como fuera posible.

El objetivo de las formalidades es dejar las cosas claras. El sistema existente no hace nada para dejar las cosas claras. De hecho, parece diseñado para no hacerlo.

Si se volvieran a instaurar formalidades como el registro, se eliminaría uno de los aspectos más difíciles de basarse en el dominio público. Sería sencillo identificar qué contenidos son presuntamente libres; sería sencillo identificar quién controla los derechos de un determinado tipo de contenidos; sería sencillo hacer valer estos derechos y renovar esta reclamación cuando llegara el momento.

2. Plazos más cortos

El plazo del copyright ha ido creciendo de catorce años a noventa y cinco para autores corporativos, y la vida de los autores más setenta años para los autores naturales.

En *The Future of Ideas* propuse un plazo de setenta y cinco años, concedido en incrementos de cinco años con el requisito de renovarlos cada cinco años. Eso pareció radical en su momento. Pero después de que perdimos

Eldred contra Ashcroft, las propuestas se hicieron aún más radicales. *The Economist* apoyó una propuesta para un plazo de catorce años.[7] Otros han propuesto ligar el plazo al plazo de las patentes.

Estoy de acuerdo con aquellos que creen que necesitamos un cambio en los plazos del copyright. Pero ya sean catorce o setenta y cinco, hay cuatro principios que debemos tener en mente en relación con los plazos de copyright.

1. *Que sea corto.* El plazo debería ser tan largo como sea preciso para proporcionar incentivos a la hora de crear, pero no más. Si quedara ligado a fuertes protecciones para los autores (de manera que los autores pudieran reclamar derechos de los editores), los derechos a la misma obra (no las obras derivadas) podrían extenderse más. La clave es no atar la obra con regulaciones legales cuando ya no beneficia a su autor.
2. *Que sea sencillo.* La línea entre el dominio público y el contenido protegido debe quedar clara. A los abogados les gusta la indefinición del «*fair* use» y las distinciones entre «ideas» y «expresión». Ese tipo de leyes les proporciona mucho trabajo. Pero nuestros legisladores tenían una idea más sencilla: protegido frente a no protegido. El valor de los plazos más cortos es que hay poca necesidad de insertar excepciones en el copyright cuando el propio plazo es corto. Una «zona libre de abogados» que sea clara y activa hace que sea menos necesario navegar en torno a las complejidades del «*fair use*» o de «idea/expresión».
3. *Que esté vivo*. Se debería tener que renovar el copyright. Especialmente si el plazo máximo es largo, se debería obligar al dueño a que señale periódicamente que quiere que la protección continúe. Esta necesidad no tendría por qué ser una carga onerosa, pero no hay razón para que esta protección del monopolio sea gratuita. De media, a un veterano le lleva noventa minutos solicitar una pensión.[8] Si hacemos que los veteranos sufran esa carga, no veo por qué no habríamos de exigirles a los autores que dediquen diez minutos cada cincuenta años a rellenar un único formulario.
4. *Que anticipe el futuro*. Sea cual sea el plazo del copyright, la lección más clara que enseñan los economistas es que el plazo no debe extenderse una vez dado. Puede que haya sido un error legal que en 1923 se otorgase sólo un plazo de cincuenta y seis años. Yo no lo creo, pero es posible. Si fue un error, la consecuencia entonces es que tenemos

---

[7] «A Radical Rethink», *Economist*, 366: 8308 (25 de enero de 2003), p. 15, disponible en el enlace #74.

[8] Department of Veterans Affairs, Veteran's Application for Compensation and/or Pension, VA Form 21-526 (OMB Approved No. 2900-0001), disponible en el enlace #75.

> menos autores que crearon en 1923 de los que tendríamos de otra manera. Pero no podemos corregir ese error extendiendo hoy el plazo. Hagamos lo que hagamos hoy, no incrementaremos el número de autores que escribían en 1923. Por supuesto, podemos incrementar las retribuciones para aquellos que escriben hoy en día (o, alternativamente, podemos incrementar la carga del copyright que asfixia muchas obras que son hoy invisibles). Pero incrementar su recompensa no incrementará la creatividad en 1923. Lo que no se ha hecho no se ha hecho y ya no hay nada que podamos hacer ahora.

Juntos, estos cambios deberían producir un plazo *medio* de copyright que sea muchísimo más corto que el actual. Hasta 1976, el plazo medio era solamente de treinta y dos años y medio. Lo mismo que deberíamos tener como meta.

Sin duda los extremistas llamarán «radicales» a estas ideas. (Después de todo, yo los llamo «extremistas»). Pero, de nuevo, el plazo que recomiendo es más largo que el plazo bajo Richard Nixon. ¿Cuán «radical» puede ser pedir una ley de copyright más generosa que la existente cuando Nixon era presidente?

3. Uso libre frente a *fair use*

Como ya observé al principio de este libro, las leyes de la propiedad intelectual concedieron originalmente a los dueños de esta propiedad el derecho a controlarla desde el suelo hasta los cielos. Entonces llegó el avión. La gama de derechos de propiedad cambió rápidamente. No hubo jaleo, ni reto a la Constitución. Ya no tenía sentido conceder tanto control, dada la aparición de esa nueva tecnología.

Nuestra Constitución otorga al Congreso el poder de conceder a los autores «derechos exclusivos» sobre «sus escritos». El Congreso ha dado a los autores un derecho exclusivo sobre «sus escritos», además de cualquier escrito derivado (hecho por otros) que esté lo suficientemente cerca de la obra original del autor. De manera que, si yo escribo un libro y basas una película en ese libro, tengo el poder de negarte el derecho a difundirla, incluso cuando ésta no es parte de «mis escritos».

El Congreso concedió lo que son los principios de este derecho en 1870, cuando expandió los derechos exclusivos del copyright para incluir el derecho a controlar las traducciones y dramatizaciones de una obra.[9] Lentamente,

---

[9] Benjamin Kaplan, *An Unhurried View of Copyright*, Nueva York, Columbia University Press, 1967, 32.

desde entonces los tribunales lo han expandido mediante interpretaciones judiciales. Esta expansión ha recibido el comentario de uno de los grandes jueces de esta ley, Benjamin Kaplan.

> Hemos llegado a estar tan habituados a la extensión del monopolio a una amplia gama de las así llamadas obras derivadas, que ya no percibimos lo extraño que es aceptar semejante crecimiento del copyright mientras todavía entonamos el abracadabra de idea y expresión.[10]

Creo que es hora de reconocer que hay aviones que sobrevuelan sobre este terreno y que la expansividad de estos derechos de uso derivado ya no tiene sentido. De un modo más preciso, no tienen sentido para el periodo de tiempo por el que rige el copyright. Y no tiene sentido como una concesión amorfa. Consideremos cada limitación una a una.

Plazo. Si el Congreso quiere conceder un derecho derivado, entonces ese derecho debería ser por un plazo mucho más corto. Tiene sentido proteger el derecho de John Grisham a vender los derechos cinematográficos de su última novela (o al menos estoy dispuesto a admitir que tiene sentido); pero no lo tiene el que ese derecho rija por el mismo plazo que el copyright subyacente. El derecho derivado podría ser importante para animar la creatividad; una vez que la obra esta hecha, no tiene importancia durante demasiado tiempo.

Ámbito. De la misma manera, debería estrecharse el ámbito de los derechos sobre obras derivadas. De nuevo, hay algunos casos en los que los derechos derivados son importantes. Éstos deberían ser especificados. Pero la ley debería dibujar fronteras claras entre los usos regulados y no regulados de los materiales con copyright. Cuando toda «reutilización» de material creativo estaba bajo control de las distintas compañías, quizás tenía sentido pedir que los abogados negociaran las distintas fronteras de uso. Pero ya no tiene sentido que los abogados negocien estas últimas. Pensemos en todas las posibilidades creativas que nos permiten las tecnologías digitales; imaginemos ahora que echamos melaza a las máquinas. Esto es lo que los requisitos generales de permisos provocan en el proceso creativo. Lo asfixian.

Ésta es el problema que dejó claro Alben cuando describió la creación del CD de Clint Eastwood. Si bien tiene sentido exigir negociaciones por anticipado para los derechos derivados —convertir un libro en una película o un poema en una partitura— no tiene sentido exigir negociaciones para lo imposible de prever. Un derecho estatutario habría tenido aquí mucho más sentido.

---

[6] *Ibidem*, p. 56.

En cada uno de estos casos, las leyes deberían marcar los usos que están protegidos, y la suposición general debería ser que los demás usos no lo están. Esto es justo lo contrario de lo que recomienda mi colega Paul Goldstein.[11] Su opinión es que las leyes deberían escribirse de manera que la expansión de las protecciones siga la expansión de los usos.

El análisis de Goldestein tendría todo el sentido del mundo si los costes del sistema legal fueran pequeños. Pero tal y como estamos ahora viendo en el contexto de Internet, la incertidumbre por lo que respecta al espectro de protecciones, combinada con un fuerte copyright, debilita el proceso de innovación.

Las leyes podrían remediar este problema, ya sea eliminando la protección más allá de los términos explicitados, ya sea concediendo derechos de reutilización bajo ciertas condiciones estatutarias. En cualquiera de los dos casos, el efecto sería la liberación de un gran volumen de cultura para que otros la cultivaran. Bajo un régimen de derechos estatutarios, esa reutilización proporcionaría más ingresos a los artistas.

4. Liberen la música —de nuevo

La batalla que comenzó toda esta guerra fue en torno a la música, de manera que no sería justo terminar este libro sin estudiar la cuestión que –para la mayoría de la gente, es más apremiante: la música. No hay ninguna otra cuestión referida a las normativas que nos enseñe mejor la lección de este libro, que las batallas en torno al fenómeno de compartir música.

El atractivo de compartir archivos musicales fue el crack cocaínico del crecimiento de Internet. Impulsó la demanda de accesos más poderosos a Internet mucho más que cualquier otra aplicación. Fue la *killer application* de Internet —probablemente en ambos sentidos de la palabra. Sin duda fue la aplicación que impulsó la demanda de ancho de banda. También puede que sea la aplicación que impulse la demanda de regulaciones que, al final, acaben matando la innovación en la Red.

El propósito del copyright, con respecto a los contenidos en general y la música en particular, es crear incentivos para que se componga, interprete y, de un modo más importante, se difunda la música. Las leyes logran esto

---

11 Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford, Stanford University Press, 2003, pp. 187-216.

otorgando al compositor un derecho exclusivo para que controle las interpretaciones de sus obras y a los intérpretes para que controlen las copias de estas mismas interpretaciones.

Las redes de intercambio de archivos complican este modelo al permitir la difusión de contenidos por los que no se ha pagado al intérprete. Pero, por supuesto, esto no es todo lo que hacen estas redes. Tal y como describí en el capítulo 5, permiten cuatro modalidades distintas de compartir:

A. Hay quien las usa como un sustituto de la compra de CDs.
B. También hay quien las usa para escuchar partes de CDs antes de comprarlos.
C. Hay muchos que usan estas redes para acceder a contenidos que ya no se venden pero que están todavía bajo copyright o que serían demasiado complicados de comprar fuera de la Red.
D. Hay muchos que usan estas redes para acceder a contenidos que no tienen copyright o para obtener un acceso respaldado por el mismo dueño del copyright.

Cualquier reforma de las leyes necesita enfocar cada uno de estos cuatro usos. Debe evitar poner cargas sobre los hombros del tipo D, incluso si busca eliminar el tipo A. El entusiasmo con el que las leyes persiguen eliminar al tipo A, además, debe depender de la magnitud del tipo B. Igual que ocurrió con los reproductores de video, si el efecto neto de compartir no hace verdaderamente mucho daño, la necesidad de regular queda disminuida de un modo significativo.

Sin embargo, hay un hecho crucial acerca del contexto tecnológico actual que debemos tener en cuenta si queremos comprender de qué manera deberían responder las leyes.

Hoy en día compartir ficheros es adictivo. En diez años no lo será. Hoy en día, es adictivo porque es la forma más fácil de acceder a una gran gama de contenidos. No será la forma más fácil dentro de diez años. Hoy en día el acceso a Internet es engorroso y lento —en EE.UU. tenemos la suerte de disfrutar un servicio de banda ancha de 1.5 Mb/s y raramente obtenemos un servicio que esté por encima o por debajo de esa velocidad. Aunque el acceso inalámbrico está creciendo, la mayoría de nosotros todavía nos conectamos por medio de cables. La mayoría sólo nos conectamos a través de una máquina con un teclado. La idea de estar siempre ahí, de estar siempre conectados a Internet, es esencialmente sólo una idea.

Pero se hará realidad y eso significa que la forma en la que accedemos a Internet hoy en día es una tecnología en estado de transición. Los legisladores no deberían diseñar normativas a partir de una tecnología en transición. Deberían diseñarlas sobre la base de lo que será la tecnología en un futuro. La pregunta no debería ser: ¿cómo deberían regular las leyes este mundo? La pregunta debería ser: ¿qué leyes exigiremos cuando la Red se convierta en lo que claramente se está convirtiéndo? Se trata de una Red en la que cada máquina alimentada por electricidad está esencialmente conectada a la propia Red; en la que, da igual dónde estés —excepto tal vez en el Desierto o las Montañas Rocosas—, te puedes conectar instantáneamente a Internet. Imaginemos una Internet tan ubicua como el mejor servicio de telefonía móvil, en la que, con pulsar un botón ya estás conectado.

En ese mundo será extremadamente fácil conectarse a servicios que te den sin más acceso a contenidos—tales como la radio digital, contenidos que son proporcionados al usuario cuando éste los pide. He aquí, entonces, la cuestión fundamental: cuando es *extremadamente* fácil conectarse a servicios que den acceso a contenidos, será *más fácil* conectarse a servicios que te den acceso a contenidos de descarga y almacenar contenidos *en la multitud de dispositivos de reproducción que tendrás a tu disposición*. En otras palabras, será más fácil, suscribirse que convertirse en el administrador de una base de datos, que es precisamente lo que es cualquiera que opere en el mundo del intercambio de archivos por medio de las tecnologías inspiradas en Napster. Los servicios de contenidos competirán con el intercambio de contenidos, incluso si estos servicios cobran por el contenido al que dan acceso. Ya hay servicios de telefonía móvil en Japón que ofrecen música (por una tarifa) a través de los teléfonos móviles (mejorados con auriculares para móviles). Los japoneses están pagando por estos contenidos incluso si se trata de contenidos «gratuitos» en la Red en forma de MP3s.[12]

Este argumento acerca del futuro pretende ofrecer una cierta perspectiva sobre el presente: es enfáticamente temporal. El «problema» con el intercambio de archivos —en la medida en la que hay un problema real— es un problema que irá desapareciendo conforme sea más fácil conectarse a Internet. Y, por lo tanto, es un error extraordinario que los legisladores de hoy «resuelvan» este asunto a la luz de una tecnología que mañana habrá desaparecido. La cuestión no debería ser cómo regular Internet para eliminar el intercambio de archivos (la Red resolverá ese problema, eliminándolo). La cuestión, por el contrario, debería ser cómo asegurar que se pague a los artistas durante esta transición entre modelos de negocio del siglo XX y tecnologías del siglo XXI.

---

12 Véase, por ejemplo, «Music Media Watch», The J@pan Inc. Newsletter, 3 de abril de 2002, disponible en el enlace #76.

La respuesta comienza por reconocer que hay diferentes «problemas» que resolver. Empecemos por los contenidos tipo D —contenidos sin copyright o contenidos con copyright que los artistas quieren que se compartan. El «problema» con estos contenidos es asegurar que no se ilegalice la tecnología que permite este tipo de intercambio. Pensémoslo de esta manera: los teléfonos públicos pueden usarse para exigir el rescate en un secuestro, sin duda. Pero hay muchos que necesitan usar teléfonos públicos que no tienen nada que ver con ningún rescate. Sería un error prohibir los teléfonos públicos para eliminar los secuestros.

Los contenidos de tipo C presentan un «problema» diferente. Este contenido que fue una vez publicado y que ya no está disponible. Puede que sea imposible de encontrar porque el artista ya no es suficientemente valorado en su discográfica como para mantener su obra en el catálogo. O puede que esto ocurra porque la obra haya caído en el olvido. En cualquier caso, el propósito de las leyes debería ser facilitar el acceso a estos contenidos, idealmente de un modo que implique alguna retribución para el artista.

De nuevo, el modelo podría ser el de la librería de segunda mano. Una vez que un libro deja de imprimirse está todavía disponible en bibliotecas y en librerías de segunda mano. Pero las bibliotecas y las librerías de segunda mano no le pagan nada al dueño del copyright cuando alguien lee un libro o compra un ejemplar de una obra descatalogada. Esto tiene todo el sentido del mundo, por supuesto, ya que cualquier otro sistema sería tan complicado y con una carga tan grande que eliminaría la mera posibilidad de que hubiera librerías de segunda mano. Pero desde el punto de vista del autor esta forma de «compartir» sus contenidos sin que se le retribuya a cambio no es exactamente la mejor.

El modelo de las librerías de segunda mano sugiere que las leyes podrían considerar simplemente que la música descatalogada es un objeto legítimo para este sistema. Si la discográfica no pone a la venta copias de esta música, entonces proveedores comerciales y no comerciales, bajo estas normas, tendrán la libertad de «compartir» esos contenidos, incluso si compartirlos implica hacer una copia. En este caso la copia sería una incidencia de la distribución musical; en un contexto en el que ha terminado la publicación comercial, ofrecer y obtener música sería tan libre como hacerlo con libros.

De un modo alternativo, las leyes podrían crear una licencia estatutaria que asegurase que los artistas reciben algo del comercio con su música. Por ejemplo, si la ley instituye una tarifa estatutaria baja por compartir comercialmente contenidos que ya no están a la venta, por parte de una discográfica, y si se transfiriese –automáticamente a un fondo en beneficio del artista, entonces se podrían desarrollar empresas en torno a la idea de comerciar con estos contenidos, y los artistas se beneficiarían de este negocio.

Este sistema crearía también un incentivo para que las discográficas mantuvieran sus obras disponibles comercialmente. Las obras que estuvieran disponibles comercialmente no estarían sujetas a esta licencia. Por lo tanto,

las discográficas podrían proteger el derecho a cobrar lo que quieran por sus contenidos siempre y cuando mantengan su disponibilidad comercial. Pero si no lo hacen, mientras que, por el contrario, son mantenidos vivos en los discos duros de fans de todo el mundo, entonces el importe de los derechos que hubiera que pagar por una copia debería ser mucho menor que el debido a una discográfica.

El caso más difícil es el de los contenidos del tipo A y B y, de nuevo, este caso es difícil solamente porque la dimensión del problema cambiará con el tiempo, conforme cambien las tecnologías de acceso a contenidos. La solución propuesta por las leyes debería ser tan flexible como el problema mismo, demostrando que se entiende que estamos en medio de una transformación radical de la tecnología para distribuir y acceder a contenidos.

De manera que he aquí una solución que al principio les parecerá muy extraña a ambos bandos, pero que tras una cierta reflexión, creo que podría tener sentido.

Si le quitamos toda esa retórica acerca de la santidad de la propiedad, la reclamación básica de la industria de contenidos es ésta: una nueva tecnología (Internet) ha dañado una serie de derechos que aseguran el copyright. Si se ha de proteger esos derechos, entonces la industria de contenidos debe ser compensada por estos daños. Del mismo modo que la tecnología del tabaco dañó la salud de millones de estadounidenses, o que la tecnología del amianto provocó graves enfermedades a miles de mineros, la tecnología de las redes digitales ha dañado los intereses de la industria de contenidos.

Amo Internet y por lo tanto no me gusta que la comparen con el tabaco o con el amianto. Pero la analogía es justa desde el punto de vista de la ley. Y sugiere una respuesta justa: antes que buscar destruir Internet o las tecnologías p2p que están dañando a los proveedores de contenidos deberíamos buscar una forma relativamente sencilla de compensar a aquellos que reciben este daño.

La idea podría ser una modificación de una propuesta que hizo circular William Fisher, profesor de derecho en Harvard.[13] Fisher sugiere una forma muy ingeniosa para desbloquear el debate sobre Internet. De acuerdo con su

---

13 William Fisher, *Digital Music: Problems and Possibilities* (revisado por última vez el 10 de octubre de 2000), disponible en el enlace #77; William Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (de próxima aparición), Stanford, Stanford University Press, 2004, capítulo 6, disponible en el enlace #78. El profesor Netanel ha propuesto una idea relacionada, que dejaría el intercambio no comercial fuera del alcance del copyright y que establecería una compensación a los artistas para equilibrar cualquier pérdida. Véase Neil Weinstock Netanel, «Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P File Sharing», disponible en el enlace #79. Para otras propuestas, véase Lawrence Lessig, «Who's Holding Back Broadband?» *Washington Post*, 8 de enero de 2002, A17; Philip S. Corwin en nombre de Sharman Networks, A Letter to Senator Joseph R. Biden, Jr., Chairman of the Senate Foreign

plan, todos los contenidos susceptibles de transmitirse digitalmente serían (1) marcados con una huella digital (no importa lo fácil que sea evitar estas marcas; ya veremos que no hay incentivos para hacerlo). Una vez que los contenidos han sido marcados, los empresarios desarrollarán (2) sistemas que controlen cuántos ejemplares de cada contenido se distribuyeron. A partir de estos números, (3) después se compensará a los artistas. La compensación sería pagada por (4) un impuesto al efecto.

La propuesta de Fisher es cuidadosa y exhaustiva. Da pie a millones de preguntas, la mayoría de las cuales reciben una buena respuesta en su libro de próxima publicación, *Promises to Keep*. La modificación que yo haría es relativamente simple: Fisher imagina que su propuesta reemplazaría el sistema de *copyright* actualmente existente. Yo lo imagino complementándolo. El propósito de su propuesta es facilitar las compensaciones en la medida en que se demuestre que efectivamente ha habido un daño. Estas compensaciones serían temporales y con la intención de facilitar una transición entre regímenes. Y requeriría la renovación después de un cierto periodo de años. Si todavía tiene sentido facilitar el libre intercambio de contenidos, apoyado por medio de un sistema de impuestos, entonces se continuará con él. Si ya no se necesita esta forma de protección, entonces el sistema volverá al viejo modelo de controlar el acceso a contenidos.

Fisher rechazaría con disgusto la idea de permitir que su sistema expire. Su meta no es solamente asegurar que se pague a los artistas, sino asegurar también que el sistema apoya el mayor espectro posible de «democracia semiótica». Pero las metas de la democracia semiótica quedarían satisfechas si se lograran otras modificaciones que ya he descrito —en particular, las relativas a la limitación de los usos derivados. Un sistema que simplemente cobra por el acceso no sería una gran carga para la democracia semiótica si hubiera menos limitaciones a lo que se permite que hagas con los contenidos en sí.

Relations Committee, 26 de febrero de 2002, disponible en el enlace #80; Serguei Osokine, *A Quick Case for Intellectual Property Use Fee* (IPUF), 3 de marzo de 2002, disponible en el enlace #81; Jefferson Graham, «Kazaa, Verizon Propose to Pay Artists Directly», *USA Today*, 13 de mayo de 2002, disponible en el enlace #82; Steven M. Cherry, «Getting Copyright Right», IEEE Spectrum Online, 1 de julio de 2002, disponible en el enlace #83; Declan Mc-Cullagh, «Verizon's Copyright Campaign», CNET News.com, 27 de agosto de 2002, disponible en el enlace #84.

La propuesta de Fisher es muy similar a la propuesta de Richard Stallman para DAT. A diferencia de la de Fisher, la propuesta de Stallman consiste en pagar a los artistas de un modo directamente proporcional, aunque los artistas más populares recibirían más que los menos populares. Como es típico en Stallman, su propuesta se adelanta al debate actual en algo así como una década. Véase el enlace #85.

Sin duda sería difícil calcular la medida exacta del «daño» provocado a la industria. Pero la dificultad de hacer ese cálculo quedaría más que equilibrada por el beneficio de facilitar la innovación. Este sistema de base de compensación tampoco tendría por qué interferir con propuestas innovadoras como la MusicStore de Apple. Según predijeron los expertos, cuando Apple lanzó su tienda musical *on-line*, podría vencer a lo «gratuito» al ser más fácil de usar que lo gratuito. Lo cual ha resultado ser verdad: Apple ha vendido millones de canciones incluso a un precio tan alto como noventa y nueve centavos la canción (a noventa y nueve centavos, el coste es equivalente al precio de un CD canción a canción, aunque los sellos no tienen que pagar ninguno de los costes de un CD). La maniobra de Apple fue contrarrestada por Real Networks, al ofrecer música a solamente setenta y nueve centavos la canción. Y sin duda habrá mucha más competencia a la hora de ofrecer y vender música por la Red.

Esta competencia ya ha tenido lugar en el marco de la música «gratuita» obtenible por medio de los sistemas p2p. Como han sabido los vendedores de televisión por cable durante treinta años y los vendedores de agua embotellada desde hace mucho más tiempo, no hay absolutamente nada imposible en la «competencia con lo gratuito». De hecho, si hay algo que mencionar es que la competencia incita a los competidores a ofrecer productos nuevos y más baratos. Esto es precisamente de lo que iba el libre mercado. Por lo tanto, en Singapur, aunque la piratería es galopante, los cines son frecuentemente de lujo —con asientos «de primera clase» y comidas servidas mientras ves la película—al tiempo que se esfuerzan y triunfan a la hora de encontrar formas de competir con «lo gratuito».

Este régimen de competencia, con la red de seguridad que confirma que los artistas no salen perdiendo, facilitaría enormemente la innovación en la distribución de contenidos. La competencia haría que el intercambio de tipo A menguase cada vez más. Inspiraría una extraordinaria gama de nuevos innovadores —los cuales tendrían derechos sobre los contenidos y ya no temerían las penas inciertas y bárbaramente severas de la ley.

En resumen, por lo tanto, ésta es mi propuesta:

Internet está en transición. No deberíamos andar regulando una tecnología en transición. Deberíamos, por el contrario, andar regulando las maneras de minimizar los daños a los intereses afectados por este cambio tecnológico, al tiempo que permitimos y animamos la tecnología más eficiente que podamos crear.

Podemos minimizar este daño al tiempo que maximizamos el beneficio para la innovación por medio de:

1. garantizar el derecho a tomar parte en el intercambio de tipo D;
2. permitir que el intercambio no comercial del tipo C sin obligaciones legales y que el intercambio comercial de este tipo se produzca con una tasa baja y fija determinada por un estatuto;
3. mientras estamos en esta transición, recaudar impuestos y ofrecer compensaciones para el intercambio de tipo A, en la medida en que se demuestre un daño real.

Pero ¿y si la «piratería» no desaparece? ¿Y si hay un mercado competitivo que ofrece contenidos a precios bajos, pero un número significativo de consumidores continúa «tomando» contenidos a cambio de nada? ¿Deberían entonces las leyes hacer algo?

Sí, deberían. Pero, de nuevo, lo que se debería hacer depende de cómo se desarrolla la situación. Estos cambios puede que no eliminen el intercambio del tipo A. Pero la verdadera cuestión no es si eliminan el intercambio en abstracto. La verdadera cuestión es su efecto en el mercado. ¿Es mejor (a) tener una tecnología que es segura en un 95% y que produce un mercado de un tamaño x, o (b) tener una tecnología que es segura en un 50% pero que produce un mercado del tamaño de cinco veces x? Menos seguridad puede producir más intercambio sin autorización, pero es probable que también produzca un mercado mucho mayor de intercambio autorizado. La cosa más importante es asegurar las compensaciones a los artistas sin romper Internet. Una vez que se ha asegurado eso, entonces será el momento de encontrar maneras de ir detrás de los pequeños piratas.

Pero nos queda mucho para reducir el problema a este subconjunto del tipo A. Y nuestro centro de atención hasta que lleguemos allí no debería ser buscar maneras de romper Internet. Nuestro centro de atención debe ser asegurar que se les paga a los artistas, al tiempo que protegemos ese espacio para la innovación y la creatividad que es Internet.

5. Despedir a un montón de abogados

Yo soy abogado. Me gano la vida formando abogados. Creo en las leyes. Creo en la ley de copyright. De hecho, he dedicado mi vida a trabajar en el campo del derecho, no porque al final haya aquí mucho dinero, sino porque hay ideales con los que me encantaría vivir.

Sin embargo, gran parte de este libro es una crítica a los abogados o al papel que los abogados han tenido en este debate. La ley habla de ideales, pero en mi opinión nuestra profesión ha llegado a sintonizar demasiado con

los clientes. Y en un mundo en el que los clientes ricos tienen una opinión muy firme, la falta de voluntad a la hora de cuestionar esta opinión o contrarrestarla con otras desvirtúa las leyes.

La prueba de esta desviación es convincente. Muchos en mi profesión me atacan tachándome de «radical» y sin embargo las posturas que defiendo son precisamente las posturas de algunas de las figuras más moderadas y significativas en la historia de esta rama del derecho. Muchos, por ejemplo, piensan que es una locura que desafiemos la Ley de extensión del plazo del copyright. Y sin embargo hace treinta años, al estudioso y practicante más prominente en el campo del copyright, Melville Nimmer, le pareció algo obvio.[14]

No obstante, mi crítica al papel que los abogados han tenido en este debate no concierne solamente a la ausencia de imparcialidad profesional. Trata, de un modo más importante, acerca de nuestro fracaso a la hora de medir los costes de la ley.

Se supone que los economistas han de ser buenos en calcular costes y beneficios. Pero en la mayoría de los casos, los economistas, sin tener ni idea de como funciona de verdad el sistema legal, asumen que los costes del sistema son pequeños.[15] Consideran un sistema que ha estado funcionando durante cientos de años y asumen que funciona de la misma forma en la que se lo enseñaron en su clase de Educación Cívica en la escuela primaria.

Pero el sistema legal no funciona. O, por decirlo con mayor exactitud, no funciona para nadie excepto para aquellos que tienen el máximo de recursos. No porque el sistema esté corrompido. No creo en absoluto que nuestro sistema legal (al menos a nivel federal) esté corrompido. Quiero decir, simplemente, que debido a que los costes son tan asombrosamente altos, prácticamente nunca puede conseguirse justicia alguna.

---

14 Lawrence Lessig, «Copyright's First Amendment» (Melville B. Nimmer Memorial Lecture), *UCLA Law Review* 48 (2001), pp. 1057 y 1069-70.

15 Un buen ejemplo es la obra del profesor Stan Liebowitz. Hay que alabar a Liebowitz por su cuidadoso repaso de los datos sobre violación de copyright, lo que le llevó —en dos ocasiones— a cuestionar su propia posición, formulada públicamente. Inicialmente predijo que las descargas perjudicarían sustancialmente a la industria. Después revisó esta opinión a la luz de los datos, y desde entonces ha vuelto a revisar su posición otra vez más. Compárese Stan J. Liebowitz, *Rethinking the Network Economy: The True Forces That Drive the Digital Marketplace*, Nueva York, Amacom, 2002, p. 173 (repasando su opinión original, pero expresando escepticismo) con Stan J. Liebowitz, «Will MP3s Annihilate the Record Industry?» documento de trabajo, junio de 2003, disponible en el enlace #86.

El cuidadoso análisis de Liebowitz es extremadamente valioso a la hora de calcular el efecto de la tecnología de intercambio de ficheros. En mi opinión, sin embargo, minimiza los costes del sistema legal. Véase, por ejemplo, *Rethinking*, pp. 174-176.

Estos costes distorsionan de muchas maneras la cultura libre. En los bufetes más importantes la hora de abogado supera los cuatrocientos dólares. ¿Cuánto tiempo puede dedicar un abogado semejante a leer casos con cuidado o a investigar oscuras líneas de jurisprudencia? La respuesta es la realidad cada vez frecuente: muy poco. Las leyes dependen de la articulación cuidadosa y del desarrollo de una doctrina legal, pero todo esto depende de una labor también cuidadosa. Y sin embargo esa cuidadosa labor cuesta demasiado, excepto en los casos más caros y de mayor visibilidad.

El alto precio, la torpeza y la arbitrariedad de este sistema se ríen de nuestra tradición. Y los abogados, igual que los académicos, deberían considerar que su deber es cambiar la forma en que las leyes funcionan —o mejor, cambiar las leyes de modo que funcionen. No es bueno que el sistema funcione bien sólo para el 1% de los clientes. Se podría hacer que la ley fuera radicalmente más eficiente y menos costosa, y por lo tanto radicalmente más justa.

Pero hasta que se haya completado esa reforma, nosotros como sociedad debemos mantener las leyes bien lejos de áreas en las que sabemos que sólo produce daños. Y eso es precisamente lo que las leyes harán con demasiada frecuencia si una parte excesivamente grande de nuestra cultura se abandona a su escrutinio.

Piensa en todas las cosas que tu podría hacer o construirhijo con la tecnología digital —cine, música, páginas web, blogs. O piensa en todas las cosas que tu comunidad podría facilitar con la tecnología digital —un wiki, *barn raisings* o fiestas para ayudar a un vecino, activismo con el fin de cambiar algo. Piensa en todas estas cosas creativas y luego piensa en melaza fría derramada sobre las máquinas. Esto es lo que produce cualquier régimen que exija permiso. Por decirlo otra vez, ésta es la realidad de la Rusia de Breznev.

Las leyes deberían regular ciertas áreas de la cultura —pero deberían regular la cultura solamente allí donde la regulación produce algo bueno. Y sin embargo los abogados raramente examinan su poder, o el poder que promueven, a la luz de esta sencilla pregunta pragmática: «¿Producirá algo bueno?» Cuando se los desafía en relación al creciente ámbito de acción de las leyes, responden «¿por qué no?»

Deberíamos preguntar «¿por qué?» Demuéstrame que hace falta regulación de la cultura. Demuéstrame que produce un bien. Y mientras no puedas demostrarme estas dos cosas que tus abogados no se acerquen.

Agradecimientos

ESTE LIBRO ES el producto de una larga y de momento infructuosa lucha que comenzó cuando empecé a leer algunas cosas sobre la guerra de Eric Eldred con el fin de mantener libres los libros. El trabajo de Eldred ayudó a lanzar un movimiento, el movimiento por la cultura libre, y es a él a quien está dedicado este libro.

He recibido consejos en varios sitios de amigos y académicos, incluyendo a Glenn Brown, Peter DiCola, Jennifer Mnookin, Richard Posner, Mark Rose y Kathleen Sullivan. Y he recibido correcciones y consejos de muchos estudiantes extraordinarios de la escuela de derecho de Stanford y de la universidad de Stanford. Estos incluyen a Andrew B. Coan, John Eden, James P. Fellers, Christopher Guzelian, Erica Goldberg, Robert Hallman, Andrew Harris, Matthew Kahn, Brian Link, Ohad Mayblum, Alina Ng y Erica Platt . Estoy particularmente agradecido a Catherine Crup y a Harry Surden, quienes ayudaron a dirigir su investigación, y a Laura Lynch, quien dirigió brillantemente al ejercito que reunieron y quien proporcionó su propio ojo crítico a mucho de lo que aquí hay.

Yuko Noguchi me ayudó a comprender las leyes de Japón así como su cultura. Le estoy muy agradecido, a él y a los muchos que en Japón me ayudaron a preparar este libro: Joi Ito, Takayuki Matsutani, Naoto Misaki, Michihiro Sasaki, Hiromichi Tanaka, Hiroo Yamagata y Yoshihiro Yonezawa. También le estoy agradecido al profesor Nobuhiro Nakayam y al Centro de Derecho Comercial de la Universidad de Tokio, por darme la oportunidad de pasar tiempo en Japón, y a Tadashi Shiraishi y a Kiyokazu Yamagami por su generosa ayuda mientras estaba allí.

Estos son las típicas formas de ayuda en las que se basa un profesor universitario. Pero además de ellos, Internet ha hecho posible recibir consejo y correcciones de muchos a los que nunca he conocido personalmente. Entre

aquellos que han respondido con consejos extremadamente útiles a las peticiones en mi blog para este libro se hallan el Dr. Mohammad Al-Ubaydli, David Gerstein y Peter DiMauro, así como una larga lista de aquellos que tenían ideas específicas sobre maneras de desarrollar mis argumentos. Estos incluyen a Richard Bondi, Steven Cherry, David Coe, Nik Cubrilovic, Bob Devine, Charles Eicher, Thomas Guida, Elihu M. Gerson, Jeremy Hunsinger, Vaughn Iverson, John Karabaic, Jeff Keltner, James Lindenschmidt, K. L. Mann, Mark Manning, Nora McCauley, Jeffrey McHugh, Evan McMullen, Fred Norton, John Pormann, Pedro A. D. Rezende, Shabbir Safdar, Saul Schleimer, Clay Shirky, Adam Shostack, Kragen Sitaker, Chris Smith, Bruce Steinberg, Andrzej Jan Taramina, Sean Walsh, Matt Wasserman, Miljenko Williams, «Wink», Roger Wood, «Ximmbo da Jazz» y Richard Yanco. (Mis disculpas si dejo a alguien fuera; con los ordenadores vienen los errores, y el colapso de mi sistema de e-mail significó que perdí un montón de buenos comentarios).

Richard Stallman y Michael Carroll leyeron el borrador del libro entero y cada uno proporcionó correcciones y consejos extremadamente útiles. Michael me ayudó a ver más claramente el significado de la regulación de obras derivadas. Y Richard corrigió un número vergonzosamente alto de errores. Si bien mi trabajo está inspirado en parte en el de Stallman, no está de acuerdo conmigo en algunos puntos importantes que desarrolló a lo largo de todo este libro.

Finalmente, y para siempre, le estoy agradecido a Bettina, que siempre ha insistido en que habría una felicidad ilimitada lejos de estas batallas, y siempre ha tenido la razón. Éste mal estudiante está, como siempre, agradecido por su paciencia y amor perpetuos.

Sobre el autor

LAWRENCE LESSIG (http://www.lessig.org), catedrático de derecho y Profesor Emérito Universitario John A. Wilson en la Facultad de Derecho de Stanford, es el fundador del Stanford Center for Internet and Society y es presidente de Creative Commons (http://creativecommons.org). Autor de *The Future of Ideas* (Random House, 2001) y *El código y otras leyes del ciberespacio* (Taurus, 2002), Lessig es miembro de los consejos directivos de la Public Library of Science, la Electronic Frontier Foundation y de Public Knowledge. Fue ganador del premio de la Free Software Foundation por el Avance del Software Libre, incluido dos veces entre los «e.biz 25» de *BusinessWeek*, y nombrado uno de los «cincuenta visionarios» de la *Scientific American*. Graduado de la Universidad de Pennsylvania, la Universidad de Cambridge y la Escuela de Derecho de Yale, Lessig fue escribano del Juez Richard Posner en el Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Círculo.

«Demuéstrame que hace falta que la cultura sea regulada. Demuéstrame que produce un bien. Y mientras no puedas demostrarme estas dos cosas que tus abogados no se acerquen". Extraña afirmación para un autor, que es un reconocido abogado. Con esta retadora invitación termina Lessig este libro, llamado a convertirse en un clásico manual de guerrilla contra el reiterado victimismo de la industria cultural frente al problema de la llamada "piratería". En estas páginas, se describe un recorrido histórico singular que está transformando el antiguo régimen de la cultura (libre), en el que la práctica totalidad de los conocimientos y de los bienes culturales estaban disponibles para animar nuevas innovaciones, a una cultura del permiso y de la restricción. Efectivamente, la innovación cultural y la creatividad se ven amenazadas por limitaciones cada vez más severas: alargamiento temporal de los derechos de autor, extensión de la necesidad de permisos para un mayor número de usos de las obras creativas, multiplicación de las sanciones y penas por violaciones menores de las leyes de propiedad intelectual, criminalización de las redes de intercambio p2p... Restricciones que se aplican a todos los creadores, exceptuando, claro está, aquellos grupos mediáticos que poseen suficientes recursos y derechos como para hacerlos valer frente a sus competidores. En definitiva, *Por una cultura libre* es un alegato a favor de la libertad de crear, frente a la imposición de monopolios de uso sobre nuestro patrimonio cultural.

traficantes de sueños
mapas